

Die Bindung der Baubehörden an eigene Akte

Kurt Roeckl

1971

Die Bindung der Baubehörden an eigene Akte

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Kurt Winfried Roeckl

Rechtsreferendar in München

1970



Erstgutachter: Professor Dr. iur. Roman Herzog

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Heinz Wagner

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1971

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	I
Schrifttumsverzeichnis	IV
Einleitung	1
E r s t e r T e i l	
A. Grundzüge der Eigenbindung im Verwaltungsrecht und ihre Bedeutung in Bausachen	3
I. Zur Bindung im Verwaltungsrecht	3
1) Die Fremdbindung der Verwaltung	5
a) an das Gesetz	6
b) an materiell rechtskräftige Verwaltungsgerichtsurteile	6
c) an Akte anderer Ressorts	7
2) Die Bindung der Verwaltung an eigene Akte	8
3) Grundzüge der zur Eigenbindung der Verwaltung entwickelten Rechtsinstitute	11
a) Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes Art. 3 I GG	11
aa) Voraussetzungen für das Eingreifen der Selbstbindung	13
α) Ermessensbereich	13
β) längere Verwaltungsübung	14
γ) rechtmäßige Verwaltungsübung	15
bb) Zulässige Praxisänderung im Falle des grundsätzlichen Abweichens von der Übung	17
cc) Sicherung der Position des Bürgers durch stetige Verwaltungspraxis	19
dd) Gefahr der "versteckten Rechtsetzungsbefugnis" durch die Verwaltung	19
ee) Gefahr der Ermessensverdrängung durch den Gleichheitssatz	22
ff) Ergebnis	23

b) Eigenbindung der Verwaltung aufgrund des Vertrauensschutz- gedankens	24
aa) Auffassungen zur Begründung des Vertrauensschutzes	25
α) Treu und Glauben im öffentlichen Recht	25
β) Rechtssicherheit	27
γ) Unantastbarkeit der Menschenwürde	28
bb) Begründete Herleitung des Vertrauensschutzes aus der Generalklausel von Treu und Glauben	29
α) Ausdehnende Anwendung des Treu- und Glauben-Prinzips im öffentlichen Recht	29
β) Detaillierter Begründungs- zwang bei der Anwendung der Generalklausel	30
cc) Voraussetzungen für das Eingreifen des Vertrauens- schutzes	32
α) Vertrauenstatbestand beim Betroffenen	32
β) Schutzwürdigkeit des Vertrauens	32
γ) Getroffene Dispositionen	33
dd) Subsidiarität des Vertrauens- schutzes	34
ee) Verhältnis des Vertrauensschutz- gedankens zum Gesetzmäßig- keitsprinzip	35
ff) Ergebnis	37
c) Rückwirkungsverbot als Instrument der Bindung im normativen Bereich	38
4) Zusammenfassung	39

II. Prüfung der Brauchbarkeit von Selbstbindung und Vertrauensschutz im Baurecht	40
1) Selbstbindung nur bei baurechtlichen Ermessensentscheidungen	40
a) Baugenehmigung	41
aa) Im unbeplanten Innenbereich Rechtsentscheidung nach § 34 BBauG	41
bb) Im unbeplanten Außenbereich Rechtsentscheidung nach § 35 BBauG	42
cc) Im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes Rechtsent- scheidung nach § 30 BBauG	43
dd) Ermessensentscheidung im Rahmen des § 31 I BBauG	44
α) als eine die Ausnahme be- willigende "Rechtswohltat"	45
β) als Maßnahme des gemeind- lichen Planungsermessens	45
ee) Ermessensentscheidung im Rahmen des § 31 II 1 1. Alt. BBauG	47
α) als sog. Mischtatbestand	47
β) als Norm, die nicht alle die für die Dispenserteilung einschlägigen Faktoren enthält	48
ff) Ermessensentscheidung im Rahmen des § 31 1 2. Alt. BBauG	52
α) als Tatbestand, in dessen Rahmen auch "nachbarliche Interessen zu würdigen sind"	52
β) als Dispensationsermächtigung i.G. zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	53
gg) Zusammenfassung	54
b) Bodenverkehrsgenehmigung § 19 BBauG	55
aa) Grundsätzlich: Rechtsent- scheidung wegen § 20 BBauG, BVerwG	56

bb)	Ausnahmsweise Ermessensentscheidung nach § 19 BBauG im Rahmen einer Vorprüfung, falls nachfolgende Baugenehmigung Ermessensentscheidung nach § 31 BBauG	56
cc)	Ermessensentscheidung im Rahmen des § 21 I BBauG hinsichtlich einer weiteren Bodenverkehrsgenehmigung, BVerwG	58
c)	Ermessen im Bauordnungsrecht der Länder	61
aa)	"Kann"-Vorschriften	61
bb)	Dispensationsermächtigungen	62
cc)	Abrißverfügungen	62
d)	Zusammenfassung	64
2)	Vertrauensschutz im Baurecht	65
a)	Verwaltungsakte	65
aa)	Widerruf begünstigender Verwaltungsakte	65
bb)	Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	67
b)	Längere Duldung eines baurechtswidrigen Zustandes	70
c)	Plangewährleistungsanspruch	72
aa)	Erfordernis der allgemeinen Vertrauensschutzvoraussetzungen	74
bb)	Grobe Unbilligkeit im Rahmen einer Interessenabwägung	75
d)	Bindungswirkung der BVG nach § 21 I BBauG hinsichtlich nachfolgender Baugenehmigung	77
aa)	bei erteilter Bodenverkehrsgenehmigung	77
bb)	bei fingierter Bodenverkehrsgenehmigung	78
cc)	unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Erteilung, BVerwG	84

dd) unabhängig von der Erteilung der Zustimmung, BVerwG	85
ee) hinsichtlich einer gesicherten Erschließungsmöglichkeit	86
e) Flächennutzungsplan, § 8 II 1 BBauG	91
aa) Bindendes Element im Rahmen der Gesamtplanungskonzeption, BVerwG	93
bb) Grenzen der Bindungswirkung, OVG Münster	96
3) Ergebnis	98

Zweiter Teil

B. Grenzen der allgemein verwaltungsrechtlichen Grundsätze der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes im Baurecht	99
I. Darstellung der baurechtlichen Sondersituation	100
1) Schaffung vollendeter Tatsachen im Öffentlichkeitsbereich	100
a) durch baurechtliche Einzelvoll- zugsakte im unbeplanten Bereich	101
b) durch Bebauungspläne in Planungsgebieten	102
2) Unabwickelbarkeit der vollendeten Tatsachen wegen der Lehre vom "Inswerksetzen"	104
a) bei fehlerhaften Akten	106
b) bei nichtigen Akten	107
3) Tatsächliche Bindung der Baubehörden an nichtige Akte	107
4) Zusammenfassung	108

II. Folgeerscheinungen der baurechtlichen Sondersituation	109
1) Änderung der bisherigen Praxis unter Abweisung weiterer Antragsteller	109
2) Keine Rücknahme der begünstigenden Verwaltungsmaßnahmen	110
3) Verletzung des Gleichheitsgebotes Art. 3 I GG durch die Aufrecht- erhaltung der unrechtmäßigen Vergünstigungen	113
4) Verstoß gegen den Vertrauens- schutzgedanken	116
a) als ein auch auf den Erlaß einer Maßnahme gerichteter Rechtsgedanke	117
b) gesteigerte Schutzwürdigkeit des Bürgers	117
aa) Rechtswidrigkeit liegt im Verantwortungsbereich der Behörde	118
bb) Besondere Vertrauenslage wegen Öffentlichkeitsgestaltender Funktion von baulichen Anlagen	119
5) Verletzung des allgemeinen Gerechtigkeitsgedankens	120
a) Gleichheitsverstoß	120
b) rechtlich gebundene Personen- gemeinschaft	121
6) Eingriff in den Grundgedanken des materiellen Rechtsstaates	122
7) Ergebnis	123

III. Bewältigung der baurechtlichen Sondersituation durch die allgemein verwaltungsrechtlichen Gedanken zur Eigenbindung	125
--	-----

1) Vertrauensschutz bei rechtswidriger begünstigender Verwaltungsübung in Bausachen	126
a) grundsätzlich auch bei rechtswidriger Verwaltungspraxis	127
b) nach Ergreifung konkreter Dispositionen	127
c) Erfordernis der rechtlichen Sonderverbindung	128
d) Bruch des Vertrauens als Regelfall der baurechtlichen Sondersituation	130
e) Keine Anpassungsmöglichkeit durch Erweiterung des subsidiären Vertrauensschutzgedankens	131
2) Selbstbindung bei rechtswidriger begünstigender Verwaltungsübung in Bausachen	131
a) Beschränkung auf Ermessensentscheidungen	132
b) Versagen der Selbstbindungslehre bei rechtswidriger Verwaltungsübung	132
3) Zusammenfassung	133

C. Anpassung des allgemein verwaltungsrechtlichen Instituts der Selbstbindung an die baurechtliche Sondersituation	135
--	-----

I. Ausdehnung der Selbstbindung auf "Gleichheit im Unrecht"	135
---	-----

1) Nachweis des tatsächlichen Bedürfnisses	136
a) besondere baurechtliche Verhältnisse, ähnlich der Vollzugsunterlassungsklage	136
b) kein Fall der "legalisierten Ungleichbehandlung"	139
c) rationales Verhältnis der Verwaltung zu ihren Fehlern	141

2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	144
a) Art. 3 I GG als Grundrecht auf gleiche, nicht inw richtige Rechtsanwendung	146
b) Bindung der vollziehenden Gewalt an den Begriff "Recht" i.S. des Art. 20 III GG	147
c) Unechte Selbstbefreiung zum zulässigen Handeln contra legem	152
3) Beschränkung der zulässigen Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" auf die baurechtliche Sondersituation	154
4) Ergebnis	156
II. Folgen des Anpassungsprozesses	157
1) Sicherung rechtsstaatlicher Grundlagen	158
2) Anwendbarkeit der Selbstbindung auch im Rahmen gebundener Verwaltung, falls bewußt ungleiche Bewertung	158
3) Gefahr der endgültig falschen Rechtsanwendung	162
a) Nachweis einer tatsächlich schutzwürdigen Vertrauensposition	163
aa) Getroffene Dispositionen	164
bb) Längere Verwaltungspraxis	164
b) Sachliche Beschränkung auf Fälle der kontrollierbaren Rechtswidrigkeit	168
aa) abgeschlossene Sachverhalte	168
bb) neue Rechtsrealien	169
cc) unbestimmte Rechtsbegriffe	170
dd) grundsatzgemäße Praxisänderung	171
4) Ergebnis	172
III. Zusammenfassung	174

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	=	anderer Ansicht
a.a.O.	=	am angegebenen Ort
Anh.	=	Anhang
AÖR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	=	Auflage
BayVGH	=	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVB1	=	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	=	Der Betriebs-Berater
Bd.	=	Band
BFH	=	Bundesfinanzhof, auch Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs (Band/Seite)
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band/Seite)
BK	=	Bonner Kommentar
BStBl	=	Bundessteuerblatt
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band/Seite)
BVerfGG	=	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band/Seite)
ders.	=	derselbe
Der Staat	=	Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
Diss.	=	Dissertation
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DRIZ	=	Deutsche Richterzeitung
DVB1	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GewArch	=	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Verwaltungs- und Gewerberecht
GrünhZ	=	Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

HdbDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts
insbes.	= insbesondere
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JUS	= Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JW	= Juristische Wochenschrift
Lehrb.	= Lehrbuch
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LS	= Leitsatz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MittDStT	= Mitteilungen des Deutschen Städtetages
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
ProVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht, auch Entscheidungen des (bis 1918: Königlich) Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Band/Seite)
PrVB1	= Preußisches Verwaltungsblatt
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rdn.	= Randnote
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band/Seite)
RuPrVB1	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RzW	= Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
Sp.	= Spalte
ständ.Rspr.	= ständige Rechtsprechung

- VerwArch. = Verwaltungsarchiv, Zeitschrift
für Verwaltungslehre, Verwaltungs-
recht und Verwaltungspolitik
- VerwRspr = Verwaltungs-Rechtsprechung in
Deutschland, Sammlung der oberst-
richterlichen Entscheidungen aus
dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
- Vorbem. = Vorbemerkung
- VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung
der deutschen Staatsrechtslehrer
(Heft/Seite)
- VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung
- WRV = Weimarer Reichsverfassung vom
11. August 1919 (Reichsgesetzblatt
S. 1383)
- Württ.-Bad.VGH = Württembergisch-Badischer Verwaltungs-
gerichtshof
- Zeitschr. = Zeitschrift für Badische Verwaltung
und Verwaltungsrechtspflege

Schrifttumsverzeichnis

- Bachof, Otto : Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates,
in: VVDStRL 12,39,58
- " : Der maßgebende Zeitpunkt für die
gerichtliche Beurteilung von
Verwaltungsakten,
in: JZ 54,416
- " : Die Rechtsprechung des BVerwG,
in: JZ 1957, S. 334 ff.
- " : Die Rechtsprechung des BVerwG,
in: JZ 62,399
- " : Grundgesetz und Richtermacht,
Tübingen 1959
- " : Verfassung und Verwaltung in
Theorie und Wirklichkeit,
in: Festschrift für Lafort,
München 1952
- " : Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
Verfahrensrecht, Bd.1
Tübingen 1966,
zit.: Bachof, Verfassungsrecht, Bd.1
- Becker-Luhmann : Verwaltungsfehler und Vertrauens-
schutz,
Berlin 1963
- Bernhardt, Siegfried : Der Rentner und seine Menschenwürde,
Zeitschrift für Sozialreform
1959, S. 540 ff.
- Bettermann, Karl August: Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit,
in: Der Staat 1968, S. 79 ff.
zit.: Der Staat
- " : Verwaltungsakt und Richterspruch,
Jellinek-Gedächtnisschrift 1955
- Bitter : Probleme der Bodenverkehrsgenehmigung,
DVBl 62,41
- Blümel, Willi : Raumplanung, vollendete Tatsachen
und Rechtsschutz,
in: Festschrift für Ernst Forsthoff
München 1967, S. 133

- Böckenförde, Werner : Der allgemeine Gleichheitssatz
und die Aufgabe des Richters,
Münstersche Beiträge zur Rechts-
und Staatswissenschaft,
Heft 5, Berlin 1957
- " : Verfassungsinterpretation oder
fiskalische Rücksichten?
in: DÖV 67,157
- Bonner Kommentar : Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Loseblattausgabe, Stand 17. Lieferung
(1966), Hamburg,
zit.: Name des Bearbeiters in BK
- Brohm, Winfried : Rechtsschutz im Bauplanungsrecht,
in: "res publica", Beiträge zum
öffentlichen Recht Nr.3
Stuttgart 1959
- Drews-Wacke : Allgemeines Polizeirecht - Ordnungs-
recht - der Länder und des Bundes
von Gerhard Wacke, bearbeitet von
Bill Drews, 7.Aufl. Berlin, Köln,
München, Bonn 1961
- Dürig, Günter : Gleichheit,
in: Staatslexikon, herausgegeben
von der Görres-Gesellschaft,
3. Band, Freiburg 1959, Sp. 983 ff.
zit.: Dürig, Gleichheit
- Erichsen, Hans-Uwe : Baudispens und Übermaßverbot,
in: DVBl 67,269
- Eyermann-Fröhler : Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar von Erich Eyermann und
Ludwig Fröhler,
4. Aufl., München und Berlin 1965
- Forsthoff, Ernst : Die Bindung an Gesetz und Recht
(Art. 20 III GG)
in: DÖV 59,41
- " : Die Umbildung des Verfassungsgesetzes,
Festschrift für Carl Schmitt,
1959, S. 35 ff.
- " : Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Erster Band: Allgemeiner Teil,
9. Auflage, München und Berlin 1966

- Gelzer : Das neue Bauplanungsrecht,
Köln 1964
- " : Die Klage des Nachbarn wegen
störender Bauvorhaben im öffent-
lichen Recht,
in: NJW 195 ,325
- Gernhuber : Gläubiger, Schuldner, Dritte
in: JZ 1962, S. 553 ff.
- Gierth, Karl : Der Anspruch auf die baurechtliche
Befreiung,
in: BWVB1 1965,129
- " : Die Rechtsentscheidung bei der
baurechtlichen Befreiung,
in: BWVB1 1966, 129
- Götz, Volkmar : Das Grundrecht auf Rechtsanwen-
dungsgleichheit und der verwal-
tungsgerichtliche Rechtsschutz,
in: DVBl 68,93
- Hamann, Andreas : Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland vom 23.Mai 1949,
2. Aufl., Berlin 1961
- Haueisen : Betrachtungen über die Rücknahme
fehlerhafter Verwaltungsakte,
in: DVBl 59,228
- " : Verwaltungsakte mit Dauerwirkung,
in: NJW 58,1065
- " : Zur Frage der Rücknahme fehler-
hafter Verwaltungsakte,
in: NJW 1958,1661 ff.
- Heitzer-Oesterreicher: Kommentar zum Bundesbaugesetz.
3. Aufl., Berlin 1968
- Hoppe, Werner : Bauleitplanung und Eigentumsgarantie,
in: DVBl 64,165
- Ipsen, Hans Peter : Gleichheit,
in: Die Grundrechte, herausgegeben von
Neumann-Nipperdey-Scheuner, Band 2,
Berlin 1954, S. 112 ff.,
zit.: Ipsen, Gleichheit
- " : Planung I, Recht und Politik der
Planung,
in: Wirtschaft und Gesellschaft
Baden-Baden 1965
- " : Widerruf gültiger Verwaltungsakte,
Harburg 1972

- Jahreiss, Herrmann : Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentags, Tübingen 1950
- Jellinek, Walter : Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, zit.: Jellinek, Gesetz
- Jesch, Dietrich : Gesetz und Verwaltung, Band 2 der Tübinger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Tübingen 1961, zit.: Jesch, Gesetz
- Kalkbrenner, Helmut : Der Gleichheitssatz im Baurecht, in: BayVB1 70,81
- Kellner, Hugo : Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, in: NJW 66, 857
- Klein, Franz : Gleichheitssatz und Steuerrecht, Köln 1966
- Klein, Rüdiger : Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereiches und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit in: AöR 82 (1957), S. 75 ff.
- Klein : Zum Problem der materiellen Rechtskraft von Steuerverwaltungsakten, insbesondere von Steuerbescheiden, VerwArch.Bd.45, S. 49 ff.
- König, Manfred : Grundrechtsbindung und gerichtliche Nachprüfung von Gnadenakten, Diss. Tübingen 1961
- Kohlhammer-Kommentar : Kommentar zum BBauG von Brügelmann, Grauvogel, Oedehoven, Förster, Kopp, Pohl und Stanke
- Kriele, Martin : Plangewährleistungsansprüche? in: DÖV 67, 531
- Krüger, Herbert : Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1966
- " : Kartellamt, Amtsrecht und Gewaltenteilung, in: DÖV 1957, S. 686 ff.
- Krüger, Hildegard : Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, in: DVBl. 1955, 178 ff. 208 ff.

- Lanz, Horst : Selbstbindung der Verwaltung bei Ermessensausübung,
in: NJW 1960, 1797 ff.
- Leibholz, Gerhard : Die Gleichheit vor dem Gesetz,
2. Aufl. der 1925 erschienenen 1. Aufl.
(Diss.), erweitert durch ergänzende
Beiträge, München und Berlin 1959,
zit.: Leibholz, Gleichheit
- " : Die Gleichheit vor dem Gesetz und
das Bonner Grundgesetz,
in: DVBl 51, 193
- Leibholz-Rinck : Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, Kommentar an Hand der
Rechtsprechung des Bundesverfassungs-
gerichts von Gerhard Leibholz,
H.J. Rinck und K. Helberg, Köln 1966
- Lenz, Karl-Heinz : Das Vertrauensschutzprinzip,
Berlin 1968
- Lerche, Peter : Die verwaltungsgerichtliche Klage
aus öffentlich-rechtlichen Verträgen,
in: Staatsbürger und Staatsgewalt
Bd. II 1963, Karlsruhe, S. 59 ff.
- " : Rechtsprobleme der wirtschafts-
staatlichen Verwaltung,
in DÖV 51, 486
- " : Übermaß und Verfassungsrecht,
Köln und Berlin 1961
- Mainka, Johannes : Vertrauensschutz im öffentlichen
Recht, Bonner Rechtswissenschaft-
liche Abhandlung, Bd. 58, Bonn 1963
- Mang-Simon : Kommentar zur Bayerischen Bauordnung
von Johann Mang und Alfred Simon,
München Stand 1960
- Mangoldt-Klein : Das Bonner Grundgesetz,
2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964
- Maunz, Theodor : Deutsches Staatsrecht,
15. Aufl. München und Berlin 1966,
zit.: Maunz
- " : Die Verwaltung,
1937

- Maunz-Dürig-Herzog : Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog, Band 1, München und Berlin, Stand 1969
zit.: Name des Bearbeiters in Maunz-Dürig-Herzog
- Menger, Christian Friedrich: Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 717 ff.
zit.: Menger, Der Schutz
- " : Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
in: VerwArch. Bd. 51 (1960), S. 64 ff.
- " : Höchststrichterliche Rechtsprechung,
VerwArch. Bd. 49, 581 ff (1958)
" Bd. 58, S. 179
" Bd. 59, 283
- Mertens, Hans Joachim: Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 4, Hamburg 1963,
zit.: Mertens, Selbstbindung
- " : Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungsprivatrecht,
in: JuS 1963, 391 ff.
- Meyer-Stich-Tittel : Kommentar zum BundesbauG,
Köln und Berlin 1966
- Münch, Ingo von : Bindung an den Gleichheitssatz bei Subventionsgewährung,
in: AöR 85 (1960), S. 270 ff.
- Mußnug : Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften,
Heidelberg 1964
- Obermayer, Klaus : Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut,
in: VVDStRL 18, 164
- " : Der Verwaltungsakt als Gegenstand von Zusagen und Rechtsauskünften,
in: NJW 1962, S. 1465 ff.
- " : Zur Bindungswirkung der Bodenverkehrs-genehmigung,
in: DVBl 69, 237

- Ossenbühl, Fritz : Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, in: AöR 85 (1960), S. 270 ff.
- " : Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, in:DöV 68, 622
- Paulick : Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, in: Festschrift für Ottmar Bühler, Köln 1954, S. 126,162
- Peters, Hans : Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Poetzsch-Heffter : "Treu und Glauben" und "Gute Sitten" im öffentlichen Recht, DJZ 1933, S. 739 ff.
- Radbruch : Rechtsphilosophie, 5. Auflage 1956, Stuttgart
- Redeker, Konrad : Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch, in: DVBl 68,8
- Redeker-Oertzen : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 1969
- Reuß, Hermann : Die Wirkungseinheit von Verwaltungs- und Verfassungsrecht, DöV 59, 321
- Röhwer-Kahlmann : Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, in: NJW 1960, 1641
- Rupp, Hans Heinrich : Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Sarnighausen, Hans-Cord : Zur Gleichbehandlung von Baugesuchen, in: MDR 1969, 1 ff.
- Sendler : Zulässigkeit von Bauvorhaben, in: BBauBl 1968, 12, 63
- v. Simson, Walter : Planänderung als Rechtsproblem, in: Planung I, Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft, S. 405, Baden-Baden 1965

- Schäfer, Gerhard : Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte,
Diss. Marburg 1960
- Schaumann, Wilfried : Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip,
in: JZ 1966, 721 ff.
- Scheerbarth, Walther : Das allgemeine Bauordnungsrecht,
3. Aufl., Köln 1966
- Scheuner, Ulrich : Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland,
in: Hundert Jahre Deutscher Rechtslehre, Karlsruhe 1960, S. 229 ff.
- Schmaltz : Zur Bindungswirkung der fiktiven Bodenverkehrsgenehmigung nach
§ 21 BBauG,
in: NJW 68, 1078
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno : Bundesverfassungsgerichtsgesetz, erläutert von Maunz /
Siegloch / Schmidt-Bleibern / Klein,
München und Berlin 1967
- Schnorr, Gerhard : Die Rechtsidee im Grundgesetz,
in: AöR (1960), 121 ff.
- Scholler, Heinrich : Selbstbindung und Selbstbefreiung der Verwaltung,
in: DVBl 68, 409
- Schröder, Hans : Kommentar zum Bundesbaugesetz,
2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
- Schüle, Adolf : Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht,
in: VerwArch. 38(1933, S.399 ff
und Bd. 39, S. 1 ff.
- Schütz-Frohberg : Kommentar zum BBauG
Zweite Auflage 1962
- Stern, Klaus : Ermessen und unzulässige Ermessensausübung,
Heft 4 der Studien und Gutachten
aus dem Institut der Staatslehre,
Staats- und Verwaltungsrecht der
Freien Universität Berlin 1964,
zit.: Stern, Ermessen

- Stich, Rudolf : Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht,
Diss. Mainz 1954
- Thieme, Werner : Umfang und Grenzen des verfassungsrechtlich gewährleisteten Bestandsschutzes der saarländischen Kriegsofferrenten,
Zeitschr. für Sozialreform 1959,
S. 149 ff., 243 ff.
- Wallerath, Maximilian: Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes,
Berlin 1968
- Werner, Fritz : Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht,
in: DVBl 59, 527
- Weyreuther, Felix : Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen,
in: DVBl 1964, 893 ff.
- Wieacker : Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956
- Wolff, Hans J. : Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 6. Aufl. München und Berlin 1965,
zit.: Wolff, Verwaltungsrecht I;
Verwaltungsrecht III, Ein Studienbuch, München und Berlin 1966,
zit.: Wolff, Verwaltungsrecht III
- Zeidler : Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten?
Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag, Verhandl. Bd.1, 2. Teil, 1962 Düsseldorf
- Zinkahn - Bielenberg : Kommentar zum BBauG,
München 1969
- Zuck, Rüdiger : Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten,
in: DÖV 1960, S. 580 ff.

Nachtrag zum Schrifttumsverzeichnis

- Bachof, Otto : Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in: JZ 62,704
- Binding, Karl : Deutsche Staatsgrundgesetze, 1896, Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818, zit.: Binding, Bayern;
- Czermak, Fritz : Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, in: JuS 1968, 399 ff.
- Herzog, Roman : Ermessen und Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht, in: JA 1969, ÖR S.163 ff.
- Jesch, Dietrich : Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in: AöR 82,163 ff.
- Kellner, Hugo : Einiges zum behördlichen Ermessen, in: DÖV 69, 309 ff.
- Stier-Somlo : Nipperdey Bd.1, 1929, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, S. 177 ff. zit.: Stier-Somlo, Reichsverfassung.

E i n l e i t u n g

Die Berufung auf den Gleichheitssatz des Art.3 I GG und das von der Rechtsprechung entwickelte Vertrauensschutzprinzip erfreut sich in Bausachen zunehmender Beliebtheit. Kaum ein von der Behörde abgewiesener Bauherr stützt seinen Anspruch auf die begehrte Maßnahme nicht darauf, daß das Bauamt in ähnlichen Fällen die Maßnahme getroffen habe und daher eine gewisse Selbstbindung eingegangen sei. Andererseits werden in Bausachen begehrte Maßnahmen häufig mit der Begründung abgelehnt, durch die Zulassung des beabsichtigten Vorhabens würde ein Berufungsfall für weitere Bauwillige geschaffen, der eine nicht mehr aufzuhaltende bauliche Entwicklung zur Folge haben könne. Es werden aber auch bauliche Maßnahmen getroffen, allein im Hinblick auf die Bindung der Verwaltung an die von ihr bisher gesetzten Akte, obwohl im Einzelfall die besonderen baurechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Der tragende Gedanke in dieser Entwicklung der zunehmenden Bedeutung der Bindung der Verwaltung im Baurecht ist die Abgrenzung von gerechter und ungerechter Ungleichbehandlung, als Folge der der Verwaltung eingeräumten Möglichkeit zu selbständigen, dem jeweiligen Einzelfall angepaßten Entscheidungen auf der einen und der Pflicht zur grundsätzlich gleichen Behandlung gleicher Lebenssachverhalte auf der anderen Seite. -

Gerade weil im Baurecht die von einer ablehnenden Maßnahme Betroffenen sich grundsätzlich auf eine - wirkliche oder vermeintliche - Verletzung der Bindung der Verwaltung im Rahmen eines ihr zustehenden

eigenen Entscheidungsspielraums berufen, müssen Umfang und Bedeutung der Bindung der Verwaltung in Bausachen untersucht und kritisch gewürdigt werden.

Die vorliegende Arbeit hat ~~nun~~ in ihrem ersten Teil die Aufgabe, die allgemeine Bedeutung der Bindung der Verwaltung an eigene Akte aufzuzeigen und die zur Bewältigung dieser Problematik entwickelten Institute, insbesondere die Lehren von der Selbstbindung und dem Vertrauensschutz, darzustellen. Weiterhin sollen diese beiden Grundsätze auf ihre Brauchbarkeit im Baurecht hin überprüft werden.

Dabei muß bereits im Rahmen dieser einleitenden Bemerkung hervorgehoben werden, daß sich die Untersuchungen des gesamten ersten Teiles vor dem Hintergrund der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bewegen. Die überwiegend darstellende Betrachtung soll klären, wie weit dem Eigenbindungsgedanken im Baurecht tatsächlich Rechnung getragen wird. Hierbei soll den Grundsätzen der herrschenden Meinung gefolgt und von der Unzulässigkeit der Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" und dementsprechend von der Beschränkung der Selbstbindungskonstruktion auf den Ermessensbereich ausgegangen werden. Die nach diesen Regeln angestellte systematische Überprüfung der in Bausachen regelmäßig anfallenden Genehmigungsvorgänge erhellt eine unübersehbare Kluft zwischen den ursprünglichen Intentionen des Eigenbindungsgedankens und dessen tatsächlicher Handhabung durch die herrschende Meinung. Im Zusammenspiel mit einer "auf das Konto der Rechtsprechung gehenden Ermessensschrimpung" führt die herrschende Ansicht zu einem Ergebnis, das sich, ausgenommen die wenigen Fälle eines anerkannten Vertrauenstatbestandes und der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen, in einer fast völligen Eliminierung des Eigenbindungsgedankens aus

dem Baurecht ausdrückt. Diese rechtsstaatlich unhaltbare, aber zwangsläufig sich aus einer gleichzeitigen Ermessenseinengung und Beschränkung des Gleichheitssatzes auf den Ermessensbereich ergebende Konsequenz, soll im ersten Teil der Arbeit aufgezeigt werden. Es wird zu diesem Zwecke die Richtigkeit der herrschenden Meinung unterstellt.

Im zweiten Teil der Arbeit sollen die Grenzen der allgemeinen Grundsätze zur Eigenbindung angesichts der besonderen baurechtlichen Verhältnisse hervorgehoben werden. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse sollen eine Anpassung der Eigenbindungskonstruktion an die baurechtliche Sondersituation ermöglichen. Dabei wird das Schwergewicht auf einer verfassungsrechtlich gesicherten Ausdehnung des Gleichheitssatzes auf den Unrechtsbereich und demzufolge auf seiner Anwendbarkeit auch bei den im Baurecht dominierenden unbestimmten Rechtsbegriffen liegen.

Erster Teil

A. Grundzüge der Eigenbindung im Verwaltungsrecht und ihre Bedeutung in Bausachen

I. Zur Bindung im Verwaltungsrecht

Der bürgerliche Rechtsstaat beruht auf der strengen Trennung der Gesetzgebung von der Verwaltung und der Rechtsprechung. Eine Trennung der einzelnen Funktionen soll nicht nur ihren Trägern nach vorgenommen werden, sie beinhaltet auch eine Scheidung in der Sache selbst, die nur von einer gegenständlichen Unterscheidung zwischen Gesetz, Verwaltung und Rechtsprechung her verstanden werden kann. Trotz dieser funktionsgemäßen Sonderung gemäß dem Montesquieu'schen Gewaltentrennungsprinzip ergibt sich bei einer gegenüberstellenden Betrachtung eine gewisse Gemeinsamkeit zwischen der Funktion der Verwaltung und der Rechtsprechung, nämlich die Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG. Dieses verbindende Element, das eine Überordnung der Akte der Gesetzgebung über die beiden anderen Gewalten ausdrückt, beinhaltet jedoch bezüglich der Bindung nach Art. 20 III GG keine weiterreichende Gemeinsamkeit der beiden Gewalten. Nicht einmal dem Inhalt nach deckt sich die Bindung der beiden Gewalten an Gesetz und Recht. -

Mit Bettermann¹⁾ ist zu unterscheiden, daß das Recht für die Justiz Selbstzweck, für die Verwaltung hin-

1) Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, Jellinek Gedächtnisschrift, 1955, S. 368 f.

gegen nur Mittel zum Zweck oder bloße Schranke sei. Darüber hinaus sind Justiz und Verwaltung dadurch geschieden, daß die erste ausschließlich rechtsgebunden ist, während die Verwaltung im Rahmen der Gesetze nach ihrem Ermessen verfährt. Der Zulässigkeit letzterer Unterscheidung, soll sie sich auf die beiden Komplexe Justiz und Verwaltung in toto beziehen, sind mit Forsthoff²⁾ ernsthafte Bedenken entgegenzustellen. Das Kriterium der ausschließlichen Rechtsbindung einerseits und der Ermessenshandhabung im Rahmen der Gesetze andererseits ist nämlich dadurch entwertet worden, daß der dem Richter eingeräumte Ermessensspielraum mehr und mehr erweitert worden ist.³⁾ Diese Entwicklung bewirkt eine Annäherung der Justiz an die Verwaltung, die die Problematik der Abgrenzung erschwert und für eine exakte Unterscheidung den Rückgriff auf andere Elemente erfordert.⁴⁾

Dieser Abgrenzungsproblematik ist im Rahmen der hier behandelten Frage nicht weiter nachzugehen. Was nämlich die Bindung der beiden Gewalten an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG anbelangt, so kann das überkommene Abgrenzungskriterium reine Rechtsbindung einerseits und Ermessen im Rahmen der Gesetze andererseits finden. Mag es auch hier für die Abgrenzung

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 9. Auflage 1966, S.5

3) Bettermann, a.a.O., S. 366 mit Belegen für die gesteigerte Bedeutung der Generalklauseln (§§ 157, 242 BGB) und der weitgehenden richterlichen Kompetenz auf dem Gebiet des Vertragshilfsrechts

4) Forsthoff, a.a.O., S. 5 f. greift hierfür auf die den beiden Gewalten eigentümlichen Modalitäten zurück und weist den sachlichen Unterschied durch die Verschiedenartigkeit der Funktionsformen nach.

Justiz - Verwaltung in toto durch die neuere Entwicklung unbrauchbar geworden sein, für den begrenzten Bereich der Bindung der beiden Gewalten liefert es ein treffendes Unterscheidungsmerkmal. Es trägt der Tatsache Rechnung, daß die Verwaltung im Gegensatz zur Justiz eine der normativen Sphäre gegenüber vergleichsweise große Selbständigkeit besitzt. Zwar steht in formeller Hinsicht die Verwaltung der rechtssatzgebundenen Rechtsprechung gleich, während das materielle Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtssatz vom Begriff des Verwaltungsermessens geprägt ist. Man versteht darunter "einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens"⁵⁾, wobei das positive Recht keiner dieser Arten des Verhaltens einen Vorzug vor der anderen gibt. Das Ermessen gibt der Behörde die Freiheit, die von ihr für sachdienlich erachteten Maßnahmen zu ergreifen, um den in ihr Ermessen gestellten Wert zu verwirklichen.

1) Doch auch diese der Verwaltung bei der Anwendung eines Rechtssatzes aufgrund des Ermessens eingeräumte Freiheit findet zugleich ihre Grenzen im Gesetz. Das Ermessen ist nämlich pflichtgebunden.⁶⁾ Diese Pflichtgebundenheit der Verwaltung ist mit dem Rechtsstaat selbstverständlich gegeben⁷⁾ und sie bedeutet, daß die Verwaltung weder nach Belieben noch nach Willkür verfahren darf. Dennoch steht auch die

5) Forsthoff, a.a.O., S. 80 mit Literaturhinweisen zur Ermessenslehre

6) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, und das gesamte neuere Schrifttum

7) BVerwG BB 1957, S.52

Freiheit der Verwaltung unter der Autorität des Gesetzes"⁸⁾, und das Ermessen kann sich nur innerhalb der durch Normen gezogenen Grenzen auswirken.

a) Schien es bei der oben getroffenen Unterscheidung zwischen Justiz und Verwaltung so, als ob im Gegensatz zu der ausschließlichen Rechtsbindung der Justiz der Verwaltung über die Lehre vom Verwaltungsermessen ein Raum eröffnet sei, in dem sie unbegrenzt oder nur teilweise durch Gesetz und Recht beschränkt tätig werden könne, so zeigt sich, daß die Verwaltung auch auf dem Gebiet des Ermessens sich nur im Rahmen der Gesetze und begrenzt durch diese entfalten kann. Daß diese Beschränkung im Bereich der gebundenen Verwaltung ohnehin auftritt, erscheint selbstverständlich.

Das bedeutet: eine Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht, sowohl bei Ermessens- wie auch bei gebundenen Entscheidungen. Es werden von außen Schranken gegenüber dem Verwaltungshandeln errichtet. An diesem Vorgang ist die Verwaltung grundsätzlich unbeteiligt und ihm gegenüber auch machtlos. Es handelt sich um eine Fremdbindung der Verwaltung, deren Entwicklung außerhalb ihres Machtbereiches liegt und auf die sie keinen Einfluß hat.

b) Als weiterer Fall dieser Fremdbindung der Verwaltung ist die Bindung an materiell rechtskräftige Urteile der Verwaltungsgerichte anzusehen. Die Verwaltungsgerichtsordnung erkennt den Urteilen der

8) Lanz, Selbstbindung der Verwaltung bei Ermessensausübung, NJW 1960, 1797

Verwaltungsgerichte die Rechtskraft als Bindung der Beteiligten und ihrer Rechtsnachfolger für den durch die Urteilsbegründung rechtlich bestimmten Streitgegenstand ausdrücklich zu (§ 121 VwGO). Ob man die Rechtskraft mit dem Interesse des Betroffenen an der Entziehung einer gewährten Rechtslage⁹⁾ oder aus dem Gebot der Verwaltungsökonomie¹⁰⁾ begründet, stets führt sie zu dem Ergebnis, daß die Verwaltung an den Akt eines Organs der Justiz gebunden ist und der Effekt der Fremdbindung eintritt.

c) Entsprechendes gilt bei der Bindung der Verwaltung an Akte der anderen Ressorts. Zwar tritt die Bindung nicht durch Organe einer anderen Gewalt ein, jedoch liegt auch hier die bindende Entscheidung einer anderen Behörde vor, auf die die in concreto entscheidende Behörde eine Einflußnahmemöglichkeit nicht hat. Der Grundsatz, daß jedes Ressort die Akte des anderen Ressorts zu respektieren hat, ergibt sich aus der Tatsache, daß die im Rahmen der ihnen überwiesenen Zuständigkeit selbständig und eigenverantwortlich handelnden Behörden Funktionsträger eines und desselben Staates sind.¹¹⁾ Diese sog. Tatbestandswirkung meint, daß diese Akte den Tatbestand bilden, von welchem das andere Ressort als einer Gegebenheit auszugehen hat.

9) so Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, S. 49 ff.

10) Klein, Zum Problem der materiellen Rechtskraft von Steuerverwaltungsakten, VerwArch. Bd. 45, S. 54; Maunz, Verwaltung, 1937, S. 224

11) Forsthoff, a.a.O., S. 99

Die Freiheit der Verwaltung findet somit in verschiedenartiger Weise ihre Grenzen. Sowohl bei gebundenen Entscheidungen, wie auch bei Ermessen steht sie unter der Autorität des Gesetzes. Materiell rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und Entscheidungen des anderen Ressorts hemmen die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung und setzen an ihre Stelle die Akte einer anderen Kompetenz. Stets werden in diesen Fällen die Schranken gegenüber der Verwaltungsfreiheit von außen errichtet. Die Verwaltung ist an diesem Vorgang grundsätzlich unbeteiligt. Es handelt sich um die sog. Fremdbindung der Verwaltung.

2) Neben dieser Bindung der entscheidenden Behörde durch außerhalb ihrer Kompetenz liegende Akte können aber auch von innen heraus, durch die Verwaltung selbst, der Freiheit der Verwaltung Schranken gesetzt werden. Freiheit der Verwaltung heißt aber Ermessen. Die Behörde darf die von ihr für sachdienlich erachteten Maßnahmen ergreifen, um den in ihr Ermessen gestellten Wert zu verwirklichen. Die Rechtsordnung läßt jedes für sachdienlich erachtete Mittel als rechtmäßig gelten. Damit beschränkt sich dieses Bindungsproblem bereits auf die Fälle, in denen Ermessensentscheidungen getroffen werden und eine abschließende gesetzliche Normierung fehlt, da angesichts der Mannigfaltigkeit und Unbestimmtheit der möglichen Maßnahmen die erschöpfende Erfassung der Materie in Rechtssätzen kaum möglich ist. Weil die Verwaltung in diesem Bereich mehrere Wertungen ihrer Entscheidung zugrunde legen kann und

dabei gleichermaßen im Rahmen der Rechtsordnung bleibt¹²⁾, ist hier die Möglichkeit einer Bindung der Verwaltung von innen heraus, an ihre eigenen Akte, gegeben. Diese besteht darin, die vielen möglichen Wertungen im Hinblick auf die von der Verwaltung tatsächlich vorgenommenen Wertungen zu untersuchen und das daraus folgende Differenzierungsschema, das sich die Verwaltung selbst gesetzt hat, ihren weiteren Entscheidungen zugrunde zu legen.

Diese Fälle der Ermessensbindung oder der Selbstbindung der Verwaltung bei der Ermessensausübung unterscheiden sich von der Fremdbindungswirkung, die unmittelbar durch eine Norm eintritt, dadurch, daß sie neben der Beschränkung auf den Bereich des Ermessens Verwaltungsübung oder Verwaltungsvorschrift plus Verletzung des Gleichheitssatzes voraussetzen. Erst unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG kann das Verwaltungsgeschehen Bindungskraft erlangen, hierdurch erst kann es verobjektiviert werden.¹³⁾ Um dem Verwaltungsgeschehen Bindungswirkung nach außen zu verleihen, muß also eine Rechtsnorm hinzutreten. Der Gleichheitssatz stellt aber lediglich einen Normrahmen zur Verfügung. Diesen füllt die Verwaltung konkret aus. Somit erfolgt die besondere Ausgestaltung der Bindung hier allein von seiten der Verwaltung.

12) Peters, Verwaltung, S.10; Menger, Der Schutz, S. 754; anders Bettermann, Der Staat, S. 85

13) BVerfG NJW 1959, 931: Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat die Verwaltung unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Beachtung des jede Rechtsanwendung beherrschenden Gleichheitssatzes zu entscheiden.

Diese Bindung der Verwaltung an die von ihr gesetzten Akte, wie sie von der Rechtsprechung¹⁴⁾ entwickelt worden ist, stellt einen Sonderfall der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Bindungsproblematik dar. Sinn und Zweck dieser Form der Bindung ist es, der Verwaltung ein Höchstmaß an Stetigkeit zu verleihen und die Rechtsposition des einzelnen weiter zu verfestigen. Zwar ist es Aufgabe der Verwaltung, sich mit ihren Entscheidungen den stetig wechselnden sozialen Gegebenheiten anzupassen und sie zweckmäßig zu regeln. Trotzdem soll auch dort, wo sie über variable Tatbestände zu entscheiden hat, die Stellung des einzelnen gestärkt werden.

Zusammenfassung:

Das Phänomen der Fremdbindung, das bei der Justiz grundsätzlich die einzige Erscheinungsform der Bindung darstellt, kommt über das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 III GG auch bei der Verwaltung voll zur Anwendung. Daneben finden sich bei letzterer noch andere Fremdbindungsarten, wie z.B. die Bindung an rechtskräftige Urteile und Akte des anderen Ressorts.

Im Gegensatz zu diesen Formen der Fremdbindung wird die der Verwaltung im Ermessensfall eingeräumte Handlungsfreiheit durch eine weitere Erscheinungsform der Bindung, die "Eigenbindung", beschränkt. Letztere beinhaltet in in erster Linie aufgrund der Gleichbehandlungspflicht des Art. 3 GG eine Einschränkung der der Verwaltung eingeräumten Ermessensverhandlungsfreiheit mit dem Ziel der Stetigkeit des Verwaltungshandelns und der Sicherung der Rechtsposition des einzelnen.

14) BVerGE 2,163; BVerwG BB 1957,52; BVerwG DVBL 1957,650; dazu auch Bachof JZ 1957,338 f.; Krüger DÖV 1957,689; im übrigen Mertens, Selbstbindung

3) Umfang und Bedeutung dieser Eigenbindungsproblematik im Baurecht können nur unter dem Gesichtspunkt der von Lehre und Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze gewürdigt werden. Es sind aus diesem Grunde zunächst die zur Eigenbindungsproblematik erarbeiteten allgemeinen verwaltungsrechtlichen Institute darzustellen.

a) Einen festen Bestandteil der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur stellt heute die mit dem Begriff der Selbstbindung umschriebene spezifische Gleichheitsbindung der Verwaltung im Bereich "freier" Entscheidungsmöglichkeiten dar.¹⁵⁾

Der Württemberg-Badische Verwaltungsgerichtshof¹⁶⁾ führt aus, die Verwaltungsbehörde könne sich "in der Ausübung ihres Ermessens durch längere Zeit anhaltende, gleichmäßige" Ermessenshandhabung im Sinne ihrer bisherigen Praxis binden.

Das OVG Münster¹⁷⁾ äußert sich ähnlich: Wenn ein VA in das Ermessen der Behörde gestellt sei, so werde die Behörde "durch längere gleichbleibende Handhabung des Ermessens" derart gebunden, daß sie von ihrer bisherigen Übung nur noch bei Nachweis neuer Umstände abweichen könne.

15) Vgl. außer den im folgenden Genannten:
BVerStGE 2,225; 5,338; 26,155; OVG Lüneburg
VerwRspr 1955,981; OVG Münster VerwRspr 1955,329;
VG Frankfurt RzW 1962,574; Hamann, Grundgesetze,
Art.3 Anm.C 3; Drews-Wacke, Polizeirecht, S.166;
Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.91; Ipsen, Gleich-
heit, S. 148; Klein, Gleichheitssatz und Steuer-
recht, S. 237; Mertens, Selbstbindung, S. 53,81;
Menger, VerwArch Bd. 51, S.71; Ossenbühl AöR 92,13;
Schüle VerwArch Bd. 34, S.23; Schmidt-Bleibtreu,
BVerfGG § 90 Anm.111; kritisch: Rupp, Grundfragen
der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S.120;
Schaumann, JZ 1966,723;

16) VerwRspr 1952,557;

17) OVGE 4,9; 6,202;

Der BGH¹⁸⁾ nimmt im Zusammenhang mit der Gewährung von Beihilfen einen möglichen Verstoß gegen den Gleichheitssatz und damit eine Bindung an die bisherige Handhabung an, wenn der Betroffene geltend machen kann, daß die Gewährung von Beihilfen "zur Regel" geworden sei.

Das BVerwG¹⁹⁾ beruft sich auf "einen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts", nach dem "sich die Verwaltung durch langjährige Anwendung einer Verwaltungsanweisung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes selbst bindet".

Nach Walter Jellinek²⁰⁾ setzt die Polizei durch eine allgemein geübte Praxis ihr Ermessen in maßgeblicher Weise ein; ein Abweichen davon sei "ungültig" wegen Überschreitung der von der Polizei sich selbst gesetzten Schranken.

Forsthoff²¹⁾ bezeichnet es als Verstoß gegen den Gleichheitssatz und damit als "Willkür", wenn die Behörde innerhalb des ihrer "Ermessensbetätigung zugrunde liegenden Konzepts benachteiligende Einzelentscheidungen von diesem Konzept trifft".

Nach Ingo v. Münch²²⁾ ergibt sich aus der "Kontinuität innerhalb der Verwaltung nicht selten eine konstante Praxis", von der ein Abweichen "ohne sachlichen Grund" einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellt.

18) BGHZ 19,354;

19) BVerwGE 8,10;

20) Jellinek, Gesetz, S. 324;

21) Forsthoff, Verwaltung, S. 91;

22) I.v.Münch, AöR 85,298;

Hans E. Wolff²³⁾ nimmt eine Verletzung des Gleichheitssatzes an, wenn die Behörde ohne zureichenden Grund von ihrer bisherigen Praxis abweicht, an die sie sich aufgrund gleichmäßigen Ermessensgebrauchs selbst gebunden habe.

aa) Bringt man diese verschiedenen Ansichten auf eine einheitliche Formel, so wird der Gedanke der Selbstbindung in der Verwaltung in dem Sinn verstanden, daß eine Verwaltungsbehörde in Fällen, in denen ihr Ermessen an sich "frei" ist, durch länger von ihr geübte Handhabung sich selbst Richtlinien gibt, von denen sie ohne besonderen Grund in gleichartigen Fällen nicht mehr abweichen darf.

α) Die Beschränkung der Selbstbindung auf den Bereich des Ermessens hat zum Grund, daß nur hier die Verwaltungsbehörden mangels abschließender gesetzlicher Regelung mehrere Wertungen zugrunde legen und zur Richtschnur ihres Handelns erheben können.²⁴⁾ Zwar kann auch in diesem Bereich die Verwaltung nicht nach Belieben verfahren, d.h. völlig freie Wertungen vornehmen, denn letztlich bleibt jede Tätigkeit der Verwaltung "Wertverwirklichung"²⁵⁾ durch Ausrichtung auf das gemeine Wohl. Entscheidend aber ist die Möglichkeit einer eigenen Wertung des Beamten in dem Bereich, der den Spielraum läßt, um dieser oder jener Möglichkeit den Vorzug einzuräumen.²⁶⁾

23) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 II d 2;

24) Mertens, Selbstbindung, S. 30;

25) Forsthoff, Verwaltung, S. 82; Stern, Ermessen, S.17;

26) Klein, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereiches und des Bereiches rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82,75 ff.;

β) Neben der Beschränkung der Selbstbindung auf den Bereich des Ermessens ist den oben aufgeführten Definitionen²⁷⁾ gemeinsam, daß lediglich eine länger von der Verwaltung geübte Handhabung des Ermessens als Grundlage für eine Gleichheitsbindung anerkannt wird. Hat es sich die Behörde zur Regel gemacht, gewisse Fälle in einem bestimmten Sinn zu entscheiden, oder hat sie eine bestimmte "Verwaltungspolitik"²⁸⁾ an den Tag gelegt so darf sie nicht im Einzelfall einen anderen Standpunkt annehmen. Sie kann sich zwar zu einer grundsätzlich geänderten Praxis entschließen, nicht aber in einem Einzelfall Gesichtspunkte als maßgeblich heranziehen, denen sie in allen anderen Fällen nur untergeordnete Bedeutung beigemessen hat.²⁹⁾ Die Einreihung eines zur Entscheidung stehenden Falles in ein von der Verwaltung gesetztes Differenzierungsschema ist bei einer längeren Verwaltungspraxis ohne Schwierigkeiten möglich, da die Einordnung der sachlichen Gesichtspunkte umso leichter vorgenommen werden kann, je mehr Vergleichsfälle es gibt.

Die durch die herrschende Auffassung³⁰⁾ erfolgte Beschränkung der Selbstbindung auf den Fall einer längeren Verwaltungspraxis beinhaltet einen qualita-

27) Vgl. Württ.-Bad. VGH VerwRspr 1952,557; OVG Münster VerwRspr 1955,330; BGHZ 19,354; Jellinek, Gesetz, S. 324; I.v.Münch, AöR 85,298;

28) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S. 114,117;

29) weitere Nachweise bei Wallerath, Selbstbindung, S.63; Lanz, NJW 1960,1797;

30) BGHZ 19,354; OVG Münster VerwRspr 7,329; Jellinek, Gesetz, S.324; Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S. 237; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S. 117; Wolff, Verwaltungsrecht I § 31 II d2;

tiven Unterschied zwischen der Gleichheit in zwei und der in mehreren Fällen³¹⁾, für den sich aus Art. 3 I GG ein Anhaltspunkt nicht ohne weiteres ergibt.

Insbesondere kann die Voraussetzung der längeren Verwaltungspraxis dann von Bedeutung sein, wenn es sich um Selbstbindungsprobleme handelt, die auf Gebieten entstehen, auf denen sich infolge enger Umgrenztheit eine zahlenmäßig bedeutsame Praxis nicht entwickeln kann. Hier kann bereits in wesentlich gleichen Fällen die Berücksichtigung des einen bei Außerachtlassung des anderen einen Gleichheitsverstoß beinhalten.

Insoweit ist die herrschende Auffassung dahingehend abzuändern, daß nicht von vornherein eine längere Verwaltungsübung einzig denkbare Grundlage einer Selbstbindung sein kann, vielmehr in besonders gelagerten Fällen auch eine Einzelmaßnahme zur Annahme der Selbstbindung führen kann.³²⁾

Y) Hingegen führt nicht jede über einen längeren Zeitraum geübte Handhabung des Ermessens zu einer Selbstbindung i.S. einer Gleichbehandlungspflicht. Es ist heute allgemein anerkannt, daß die bisherige Praxis der Behörde rechtmäßig sein muß.³³⁾

31) vgl. insbesondere König, Grundrechtsbindung und gerichtliche Nachprüfung von Gnadenakten, S. 133;

32) so auch Wallerath, Selbstbindung, S. 19;

33) BVerwG NJW 1955, 1452; BVerwGE 26, 111, 121; BGH DRiZ 1963, 355; OVG Münster OVGE 9, 188; VG Frankfurt RzW 1962, 574; VGH Stuttgart JZ 1958, 446; Bachof, Verfassungsrecht Bd. 1, Teil 2A Abschnitt 52; Dürig, Gleichheit, S. 989; Ipsen, Gleichheit Bd. II S. 148; Mertens, Selbstbindung, S. 26; Krüger, DVBl 1955, 208; Weyreuther, DVBl 1964, 893; Sarnighausen, MDR 1969, 1; Kalkbrenner, BayVB1 1970, 81; Eyermann-Fröhler, VwGO § 114 Rdnr. 23;

Die Behörde ist weder berechtigt noch verpflichtet, eine rechtswidrige Verwaltungsübung beizubehalten. Einen Anspruch auf Fehlerwiederholung - wie Ipsen sagt³⁴⁾ - gibt es nicht. Die Verwaltung darf nicht genötigt werden, eine Rechtswidrigkeit, die ihr unterlaufen ist, in Zukunft fortzusetzen und so auf ein Unrecht eine allgemeine rechtswidrige Praxis gründen. Der VGH Stuttgart³⁵⁾ betont, es gäbe keine größere Verkennung des Gleichheitssatzes als die Annahme, er zwingt zur Gleichheit im Unrecht. Ein Abweichen von der bisherigen rechtswidrigen Praxis ist für die Behörde nicht nur ohne weiteres möglich, sondern sogar vorgeschrieben. In einem solchen Fall ist auch die Berufung der Behörde auf den Änderungszweck nicht nötig, um ein Abweichen von der bisherigen Praxis zu ermöglichen, sondern allenfalls, um einen eventuellen Anschein bisherigen rechtmäßigen Handelns auszuräumen³⁶⁾ und damit gegenüber dem Betroffenen das Abweichen von der bisherigen Praxis zu begründen.

Dies gilt sowohl für den Fall, daß die Praxis der Verwaltung von Anfang an gesetzeswidrig oder ermessensfehlerhaft war, als auch für den Fall, daß sich das Verhalten der Behörde erst im Laufe der Zeit als rechtswidrig erweist.

34) Ipsen, Gleichheit, S. 148;

35) VGH Stuttgart JZ 1958, 448; ebenso Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 166; Bachof, JZ 1962, 402; Dürig, Gleichheit, Sp. 989;

36) Leibholz, Gleichheit, S. 160, VerwArch 31, 235;

bb) Stets besteht demnach die grundsätzliche Pflicht der Verwaltung, bereits entschiedene Fälle in die Gleichheitsprüfung mit einzubeziehen. Das bedeutet aber nicht, wie oben bereits angedeutet wurde, daß die Verwaltung ihren einmal eingenommenen Standpunkt unumstößlich beibehalten muß, sie kann vielmehr im Rahmen ihres Ermessens von der früheren Praxis abgehen und an deren Stelle eine neue, von ihr als zweckmäßig erkannte beginnen. Die Behörde verletzt nach geläufiger Auffassung³⁷⁾ den Gleichheitssatz nicht schon dadurch, daß sie aufgrund sachgerechter Erwägungen von ihrer bisherigen Praxis abweicht, sondern erst, wenn sie im Einzelfall anders verfährt, als sie es sich zur Regel gemacht hat.

Mit Recht hat Bettermann³⁸⁾ dieser Auffassung entgegengehalten, es sei durch nichts gerechtfertigt, zwischen einem grundsätzlichen Abweichen und einer einmaligen abweichenden Entscheidung zu unterscheiden; in jedem Fall entspreche der Ungleichbehandlung der ersten abweichenden Entscheidung nicht eine Ungleichheit in den wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen gegenüber den früheren Entscheidungen.

Eine dogmatische Begründung der Unterscheidung zwischen einmaligem und grundsätzlichem Abweichen wurde bisher von der herrschenden Meinung tatsächlich nicht vorgenommen.

Einen Anhaltspunkt für die nähere Bestimmung der Grenzen eines Abweichens der Verwaltung von ihrer

37) BVerwG DVBl 1963, 66; OVG Münster OVGE 9, 188; VG Stuttgart DVBl 1952, 192; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 91, 238; König, Grundrechtsbindung und gerichtliche Nachprüfung von Gnadenakten, S. 136; Maunz, Staatsrecht, S. 118; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S. 115;

38) Bettermann, Der Staat, S. 82;

bisherigen Praxis könnten die Gesichtspunkte bieten, die im Rahmen der Legislative bei der Abänderung einer gesetzlichen Regelung herangezogen werden. Die grundsätzliche Änderung der Verwaltungspraxis kann als die der Gesetzesänderung entsprechende Erscheinung im Verwaltungsbereich angesehen werden. Ebenso wie die gesetzgebende Gewalt im Rahmen ihres Ermessens eine Norm in einem bestimmten Sinne für die Zukunft abändern kann, muß die Verwaltung im Rahmen ihres Ermessens ihre bisherige Praxis zugunsten einer neuen Praxis ändern können. Doch ist auch der Legislative nur insoweit die Änderung einer bisherigen Regelung gestattet, als ihr nicht der Gleichheitssatz die besondere Regelung eines Einzelfalles verbietet.³⁹⁾ Weicht die Verwaltung nicht im Rahmen einer grundsätzlichen Änderung der früheren Übung ab, sondern entscheidet nur den Einzelfall anders, dann gilt für sie entsprechendes. Abweichende Entscheidungen, bei denen die Verwaltung sich nicht nach den von ihr selbst gesetzten Maßstäben und Grundsätzen richtet, beinhalten demnach ebenso wie willkürlich abweichende gesetzliche Regelungen einen Gleichheitsverstoß.

Diese angestellte Parallele zwischen Verwaltung und Legislative wird auch nicht durch die unterschiedliche Funktion der beiden Gewalten gehindert. Zwar soll die Verwaltung nur zweckmäßige und sachgemäße Einzelentscheidungen treffen, ohne dabei abstrakt und generell zu regeln. Dieses primäre Ziel wird aber

39) Maunz-Dürig-Herzog, Art.20 Rdnr.109 ff.; Leibholz-Rinck, Art.3 Rdnr.12; Wernicke in Bonner Kommentar, Art.19 Anm. II 2 c;

durch die vergleichende Funktion des Gleichheitssatzes eingeschränkt. Hiernach muß eine Einzelentscheidung auf sachliche Gründe gestützt werden, aus der Sicht, alle gleichliegenden Fälle ebenso zu behandeln und sie in das bisher aufgestellte Differenzierungsschema einzuordnen. Durch diesen generellen Charakter ihrer Entscheidungen in bestimmten Sachlagen bildet sich die Behörde Entscheidungsgrundsätze, die für den jeweiligen Einzelfall maßgeblich sind, solange nicht eine andere grundsätzliche Auffassung vertreten und damit gemäß eines neuen Grundsatzes entschieden wird.

cc) Grundsätzlich wird die auf diese Art ausgestaltete Selbstbindungskonstruktion den Zielen der Bindung der Verwaltung an eigene Akte gerecht. Es wird eine stetige Verwaltungspraxis und damit ein rechtsstaatliches Verwaltungshandeln gewährleistet und zugleich dem Bürger ein erweiterter Rechtsschutz gegenüber den modernen Formen der Verwaltung eingeräumt. Hierin liegt auch der Grund, daß die Selbstbindungslehre in Rechtsprechung und Schrifttum bejaht wird, obwohl einige Gesichtspunkte gegen sie sprechen könnten.

dd) Gelegentlich wird die Selbstbindung der Verwaltung als mittelbare Rechtssetzung⁴⁰⁾, die Verwaltungsübung als besondere Form der Bildung von Gewohnheitsrecht⁴¹⁾ angesehen. Aus dieser Sicht entfaltet Art.3 I GG tatsächlich eine "Art normativer Kraft des

40) VG Frankfurt RzW 1962,574; Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 90 Rdnr.111; Stern, Ermessen, S.26;

41) Mertens, Selbstbindung, S.71; Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S. 243;

Faktischen"⁴²⁾, enthält die Selbstbindung eine "Strukturveränderung des Verhältnisses von Exekutive und Legislative"⁴³⁾, deren Zulässigkeit insbesondere im Hinblick auf Art. 80 GG nicht zweifelnsfrei ist.

Rupp⁴⁴⁾ führt hierzu aus, daß jede rechtsnormative Regelung, die nicht in Form eines Gesetzes oder aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erlassen wird, nichtig und unwirksam sei. Ein Normsetzungsrecht der Verwaltung könne nur aufgrund und im Rahmen der Ermächtigungsnorm des Art. 80 GG bestehen. Die Anerkennung eines gesetzesfreien Bereiches führe mit zwingender Notwendigkeit zur Bejahung einer schlechthin rechtsfreien Verwaltungsbetätigung. Rupp⁴⁵⁾ glaubt diese Bedenken auch nicht durch einen Rückgriff auf den Gleichheitssatz beschwichtigen zu können, da auch dieser zur "rechtlichen Bändigung der Verwaltung"-nicht geeignet sei. Es gäbe nämlich keine vollziehbaren materialen Maßstäbe dafür ab, ob, wann, wo oder wie die Verwaltung im einzelnen dem Bürger gegenüber verpflichtet sei⁴⁶⁾, und es würden daher die Anknüpfungspunkte nicht im rechtsnormativen Bereich, sondern im Bereich der Verwaltungspraxis gesucht und zwar insofern, als man das bloße Verwaltungshandeln, die bloße tatsächliche Verwaltungsübung, mit Hilfe des

42) Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 90 Rdnr. 111; Krüger, DVBl 1955, 211;

43) Stern, Ermessen, S. 26;

44) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 117;

45) Rupp, a.a.O., S. 118;

46) so auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 203;

verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebotes zur Ausfüllung der Normlücke benutze. Diese Bedenken gegen die rechtsfreie Verwaltungswillkür, als Konsequenz der Selbstbindungsdoktrin, wie sie auch in der früheren ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs⁴⁷⁾ geltend gemacht worden sind, sind zwar unter dem Gesichtspunkt der "versteckten Rechtsetzungsbefugnis" verständlich, werden dem Wesen der Selbstbindung allerdings nicht gerecht. Diese verwandelt nämlich nicht Verwaltungsrichtlinien in Rechtsnormen, sondern beruht vielmehr darauf, daß die Rechtsordnung von sich aus, nicht an die Richtlinien als solche, sondern an das tatsächliche Verhalten der Verwaltung, das aus diesen Richtlinien gefolgert werden kann, eine Rechtsfolge knüpft. Diese besteht in der Verpflichtung, frühere gleichgelagerte Fälle bei der Entscheidung mitzuberücksichtigen. Nach den vorangegangenen Feststellungen kann die Verwaltung ihre Grundsätze von sich aus aufgeben und sich auf einen anderen Maßstab stützen. Hierin liegt der Unterschied zur allgemeinverbindlichen Norm, daß der einzelnen Behörde die Befugnis bleibt, ihr Ermessen zur Grundlage ihres Handelns zu machen. Weil die Verwaltungsübung regelmäßig gerade nicht einen Anspruch des einzelnen auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde erzeugt, sondern lediglich die Pflicht, das bisher vertretene Differenzierungsschema bei der Entscheidung eines neuen Falles zu berücksichtigen, handelt es sich nicht, wie Rupp⁴⁸⁾ meint, um eine "gesetzesunabhängige Normsetzung durch die Verwaltung", sondern um die kon-

47) BFH BStBl III 51,204,206; 51,226,228; 55,232; 57,99; 58,44;

48) Rupp, a.a.O., S.120;

sequente Folge aus dem dem Verwaltungsermessen
eingeordneten Gleichheitssatz.⁴⁹⁾

ee) Ähnlich greifen auch von Bettermann aufgeworfene Erwägungen gegen die Lehre von der Selbstbindung nicht durch. Bettermann⁵⁰⁾ bezweifelt, ob die Grenzen, die der Gleichheitsgrundsatz der Ermessensfreiheit der Verwaltung zieht, sich noch genau feststellen lassen, radikaler ausgedrückt, ob der Gleichheitsgrundsatz überhaupt noch Platz für Ermessensfreiheit läßt. Tatsächlich ist die Gefahr der völligen Einschränkung des Verwaltungsermessens gegeben, versteht man darunter die Freiheit der Verwaltung zur Alternativentscheidung in der Form, daß gesetzlich ein verwaltungsbehördliches Ermessen von solcher Art besteht, daß die Verwaltungsbehörde im gleichen Fall so oder auch anders entscheiden kann. Dies würde aber bedeuten, daß die Exekutive im Einzelfall darüber entscheidet, ob sie das Gesetz ausführt oder nicht. Es liegt auf der Hand, daß der Gleichheitssatz diese Art von Ermessensfreiheit gänzlich ausschalten würde. Insofern wäre der von Bettermann dargestellte Zwiespalt zwischen Ermessensfreiheit und Einschränkung durch den Gleichheitssatz tatsächlich von Bedeutung. Es beinhaltet jedoch die heute geltende Lehre von der Ermessensfreiheit nicht die Freiheit zu Alternativentscheidungen. Der eingeräumte Spielraum ermöglicht nicht unterschiedliche Entscheidungen bei identischen oder kongruenten Sachverhalten. Er gewährt keine Wahlfreiheit. Er gestattet vielmehr nur, die einzig richtige Entscheidung des Falles nicht aus-

49) so auch Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 238;
Mertens, Selbstbindung, S. 71;

50) Bettermann, Der Staat, S. 79;

schließlich dem Gesetz zu entnehmen, sondern zusätzlich aus ungeschriebenen Regeln und Grundsätzen, den der Zweckmäßigkeit und Billigkeit des Einzelfalles entsprechenden Erwägungen.

Diesen eigenverantwortlichen Entscheidungsspielraum der Verwaltung verbietet der Gleichheitssatz nicht. Damit tritt bei richtig verstandenem Begriff der Ermessensfreiheit der Verwaltung auch keine Kollision mit der aufgrund des Gleichheitssatzes einsetzenden Bindung auf.

ff) So wie sich aus den angeführten rechtsstaatlichen Bedenken die Existenzberechtigung des Instituts der Selbstbindung hinsichtlich der Sicherung der Rechtsposition des einzelnen und einer Wahrung der Stetigkeit der Verwaltung nicht abstreiten läßt, ebenso wenig lassen sich aus praktischen Gesichtspunkten durchschlagende Elemente gegen die Lehre von der Selbstbindung herleiten. Wenn geltend gemacht wird⁵¹⁾, sie vermindere die Elastizität der Verwaltung und hemme die Verwaltungsinitiative, so kann dem nicht uneingeschränkt beigegeben werden. Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit der Behörden werden durch die Pflicht zur Berücksichtigung des Gleichheitssatzes eher verstärkt als vermindert. Die Verwaltung wird über die Handhabung des Einzelfalles hinaus zur Aufstellung und zur Berücksichtigung eines Differenzierungsschemas gezwungen, das stets zur Beurteilung und Bewertung der gesamten einschlägigen Verwaltungspraxis führt. Hierbei wird

51) Mertens, Selbstbindung, S.72; Krüger, DVBl 1955, 380;

die Einzelentscheidung mit einem Blick für das Ganze und unter Zugrundelegung der gesamten Verwaltungssituation gefällt. Eine Verminderung der Elastizität und der Initiative kann man daraus wohl nicht ableiten. Sie mag im Einzelfall die Folge eines herausgebildeten Schemas sein, das eine einheitliche Behandlung über einen gewissen Zeitraum hervorruft. Der Gleichheitssatz vermag die Behörde aber nicht daran zu hindern, ihr Konzept zu ändern. Daß eine solche Änderung unterbleibt, wenn sie vernünftige und zweckmäßige Gründe erfordern, nur weil die Behörde eine bestimmte Regelpraxis eingegangen ist, kann nicht unterstellt werden.

Zusammenfassung:

Als erstes wesentliches Institut zur Bewältigung der Eigenbindungsproblematik der Verwaltungsbehörden hat die Lehre von der Selbstbindung zu Recht einen festen Platz im modernen Verwaltungsleben eingeräumt bekommen. Beschränkt auf die Fälle des Verwaltungsermessens, der grundsätzlich regelmäßigen und stets rechtmäßigen Verwaltungsübung, ist sie als dogmatisch gefestigter und zugleich praktikabler Beitrag zur Verstärkung des Rechtsschutzes des Bürgers und zur Sicherung des Rechtsfriedens anzusehen.

b) Eine weitere wichtige Entscheidungsgrundlage im Rahmen der Eigenbindungsproblematik der Verwaltung bildet der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Er hat namentlich bei Entscheidungen über die Aufhebbarkeit rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte Bedeutung, ist aber grundsätzlich bei allen Maßnahmen

anwendbar, die die Verwaltung dem Bürger gegenüber trifft. Ein tragender Gedanke ist auch hierbei die Auffassung, daß der verwaltende Staat in seinem Auftreten gegenüber dem Bürger eine gewisse Beständigkeit aufweisen müsse, auf die sich der Bürger einrichten kann. Der Vertrauensschutz ist ~~hier~~ näher in der Bedeutung zu untersuchen, die ihm als Grund für die Einschränkung der Aufhebbarkeit behördlicher Maßnahmen zukommt.

aa) Es lassen sich heute drei Auffassungen unterscheiden, die den Vertrauensschutz gegenüber Maßnahmen der Verwaltung begründen. Während die Rechtsprechung⁵²⁾ den Vertrauensschutz überwiegend aus dem Treu- und Glauben-Prinzip herleitet, erblickt eine andere Auffassung die Grundlage des Vertrauensschutzes im Prinzip der Rechtssicherheit.⁵³⁾ Eine dritte, kaum vertretene Meinung will den Vertrauensschutz in Art.1 GG begründet sehen, dem Gebot, die Würde des Menschen zu achten.⁵⁴⁾

α) Die Auffassung, die die Grundlage des Vertrauensschutzes in Treu und Glauben sieht, war historisch gesehen die alleinige und ist auch heute noch am weitesten verbreitet. Sie geht mit dem Reichsgericht⁵⁵⁾ davon aus, daß es sich um einen allgemeinen Rechts-

52) BVerwGE 8,261,296; 9,251; HessVGH VerwRspr 11,803; so auch ein Teil des Schrifttums: Schüle VerwArch Bd.39 S.31; Obermayer, NJW 1962,1470; Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S.15 ff.;

53) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 53 III c; Menger, VerwArch. Bd.49, S.83; Thiele, ZfS 1959, 245; Bernhardt, ZfS 1959, 544;

54) Zuck, DÖV 1960, 582; Rohwer-Kahlmann, NJW 1960,1642;

55) RGZ 113,24;

gedanken handelt, der im ganzen Recht unmittelbare Geltung besitze und nicht erst einer analogen Anwendung bedarf. Die Geltung der Generalklausel im öffentlichen Recht wird heute auch im Schrifttum ganz herrschend anerkannt.⁵⁶⁾ Funktion und Inhalt des Prinzips im öffentlichen Recht werden wohl auch heute noch richtungweisend von Schüle⁵⁷⁾ konkretisiert. Er verdeutlicht die Schwierigkeit, das Wesen des Grundsatzes auf eine zuverlässige und allgemein gültige Formel zu bringen, sieht jedoch als dessen sicheren Inhalt ein Gebot zu wohlanständigem Verhalten⁵⁸⁾ der am Rechtsverkehr Beteiligten an. Als Maßstab dient hier die Ethik, wie sie im "Verhältnis der Menschen zueinander" gilt⁵⁹⁾ Dabei wird auch der ethische Charakter der Generalklausel hervorgehoben.⁶⁰⁾ Stich⁶¹⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß Treu und Glauben die Verpflichtung der Verwaltung beinhalte, die Regeln eines anständigen und rechtlichen Verhaltens zu beobachten, wie sie im Rechtsverkehr unter den Staatsbürgern gelten. Der Grundsatz von Treu und Glauben stellt also auch im öffentlichen Recht das Redlichkeitsgebot auf und verweist auf rechtsethische Anforderungen, auf die Rechtstugend der Verlässlichkeit, des Worthaltens, der Loyalität.⁶²⁾ Er führt zur Durchsetzbarkeit dieser Forderungen auch im Verhältnis des Bürgers zur Verwaltung.

56) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 162;

57) Schüle, VerwArch. Bd.38 S.399 f.; VerwArch. Bd. 39 S. 1 ff.;

58) Schüle, VerwArch. Bd.38 S.400;

59) Schüle, VerwArch. Bd.38 S.401;
s.a. Poetzsch-Heffter, DJZ 1933, 739;

60) Schüle, VerwArch. Bd.39 S. 24 ff.;

61) Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S.18,21;

62) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 20 FN 39;

ß) Ein Teil des Schrifttums⁶³⁾ und auch der Rechtsprechung⁶⁴⁾ erblickt nun im Gegensatz zu der dargestellten herrschenden Meinung die eigentliche Grundlage des Vertrauensschutzes in dem Postulat der Rechtssicherheit. Die Rechtssicherheit bedingt die Voraussehbarkeit der einen Lebenssachverhalt treffenden Rechtsfolgekontinuität in der Auslegung des Rechts, das nicht heute so und morgen anders angewandt werden darf.⁶⁵⁾ Sie gewährleistet somit eine Gleichmäßigkeit in der Beurteilung rechtsähnlicher Fälle und macht die einen Tatbestand treffenden Rechtsfolgen voraussehbar.

Da es um diesen Schutz des Bürgers in seinen Dispositionen, um sein Vertrauen auf die Beständigkeit getroffener behördlicher Maßnahmen in erster Linie beim Vertrauensschutz geht, möchte man meinen, daß das verfassungsrechtliche Postulat der Rechtssicherheit die Lehre vom Vertrauensschutz rechtfertigt. Doch ist die Rechtssicherheit allein nicht geeignet, den Vertrauensschutz zu begründen. Zwar kann nicht bezweifelt werden, daß die in dem Begriff der Rechtssicherheit zum Ausdruck kommenden Forderungen einen Niederschlag in der Lehre vom Vertrauensschutz gefunden haben und sich insofern bei beiden Begriffen die angesprochenen rechtlichen Bereiche decken. Die Rechtssicherheit aber ist ein zu wenig umfassender Begriff, um als Grundlage all der im Vertrauensschutz zum Ausdruck gekommenen verfassungsrechtlichen Momente zu dienen. Begriffe wie der Sozialstaat⁶⁶⁾,

63) Bernhardt, ZfS 1959, 544; Menger, VerwArch. Bd. 49, S. 83; Thieme, ZfS 1959, 245; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 53 III c;

64) BVerwG NJW 1962, 361; NJW 1961, 1131; DVBl 1961, 294;

65) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 353;

66) BVerwGE 9, 273; LSG Bremen BB 1957, 543;

Rechtsstaat⁶⁷⁾, Rechtsfrieden⁶⁸⁾ und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁶⁹⁾, sie alle enthalten Gedanken, die zur Bildung des Instituts des Vertrauensschutzes führten. Insofern wurde unter anderem auch der Gedanke der Rechtssicherheit mit berücksichtigt. Es geht aber nicht an, die Existenz des Vertrauensschutzes allein auf das Prinzip der Rechtssicherheit zurückzuführen und lediglich auf diese Grundlage zu stellen.⁷⁰⁾

*) So sehr aber bei der generellen Erörterung des Vertrauensschutzes der Gedanke der Rechtssicherheit berechtigt ist, so unbegründet ist die Heranziehung des Grundsatzes der Unantastbarkeit der Menschenwürde. Es kann der Auffassung von Zuck⁷¹⁾ nicht gefolgt werden, der den Vertrauensschutz aus Art.1 I GG herleiten will. Ziel des Vertrauensschutzes ist in erster Linie Dispositionsschutz, also Schutz des einzelnen in seinen Entscheidungen, die er im Vertrauen auf ein bestimmtes Verhalten der Verwaltung getroffen hat. Widerspricht die Behörde mittels einer Maßnahme ihrem bisherigen Verhalten, so wird zwar den Dispositionen des Bürgers ihre Grundlage entzogen, er wird aber nicht als Person zum Objekt staatlicher Gewalt herabgewürdigt.⁷²⁾ Hiervon könnte erst dann gesprochen werden, wenn ohne Rechtsschutz mit staatlicher Gewalt in Lebensbereiche des einzelnen eingegriffen würde, die allein seiner freien Selbstbestimmung unterliegen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Bürger in eine einmal erreichte Position vertraut.

67) BVerwG NJW-1962,361;-NJW-1961,1131;-DVB1- GE 11,137;

68) BVerwGE 11,137;

69) Mainka, Vertrauensschutz, S.19;

70) so auch im Ergebnis: Mainka, Vertrauensschutz, S.20;

71) Zuck, DÖV 1960,582;

72) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 GG Rdnr.28;

bb) Demnach wäre die Ansicht der h.M. zu befürworten, die die Grundlage für den Vertrauensschutz in dem Grundsatz von Treu und Glauben sieht. Vor allem von Mainka⁷³⁾ sind jedoch auch hiergegen einige grundlegende Bedenken geltend gemacht worden. Mainka meint, unter Hinweis auf die ursprünglich schuldrechtliche und damit synallagmatische Bedeutung des Rechtsgedankens von Treu und Glauben, daß eine Begründung des Vertrauensschutzes mit diesem Gedanken nur in den Fällen hinreichen würde, in denen das den Vertrauensschutz versagende Vorgehen der Behörde tatsächlich einen Verstoß gegen redliches und loyales Verhalten darstellt, wie es im Verkehr unter Bürgern gilt.⁷⁴⁾ Dagegen müßte das Redlichkeitsgebot als Grundlage der Bindung an ein früheres Verhalten und damit des Vertrauensschutzes ausscheiden, wenn die Abweichung nicht mit dem Vorwurf des unredlichen, nicht anständigen Verhaltens belegt werden darf. Gleichwohl kann ein Vertrauensschutz dringend geboten sein, weil der berechtigt vertrauende Bürger sich auf ein gleichbleibendes Verhalten eingerichtet hat.

α) Diese angedeutete Diskrepanz zwischen vertrauensschutzwürdigem Bürger und sich im Rahmen von Treu und Glauben bewogender Behörde, mit der Folge, daß die h.M. in einer solchen Fallgestaltung versagen würde, ist jedoch nicht gegeben. Zwar sieht die h.M. als Kern des Treu- und Glauben-Gedankens im öffentlichen Recht ein wohlanständiges Verhalten der Verwaltung im Verhältnis zum Bürger an. Darüber hinaus mißt sie ihm aber eine umfassendere Funktion bei

73) Mainka, Vertrauensschutz, S. 11;

74) Mainka, Vertrauensschutz, a.a.O.

als die unter Anlehnung an das Zivilrecht geforderte Wahrung der Redlichkeit. Auch im Zivilrecht geht die Bedeutung bereits über die Abwehr des unredlichen Verhaltens innerhalb eines Rechtsverhältnisses hinaus. Aus Treu und Glauben wird nämlich gefolgert, daß jede Rechtsausübung auf die Belange des anderen Teils Rücksicht zu nehmen hat und jeder Teil sein Verhalten so einrichtet, daß eine Benachteiligung des anderen tunlichst vermieden wird.⁷⁵⁾ Diese Entwicklung hat auch den Gedanken von Treu und Glauben im öffentlichen Recht beeinflußt und dazu geführt, daß im Konfliktfall im Verhältnis Verwaltung - Bürger eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorgenommen wird. Über diese Interessenabwägung werden aber unbillig empfundene Entscheidungen verhindert und das Vertrauen geschützt, wenn auch im Einzelfall ein Redlichkeitsverstoß i.S. des enggefaßten Treu- und Glauben-Gebotes nicht vorliegt. Treu und Glauben kann demnach auch in den Fällen als Grundlage des Vertrauensschutzes angeführt werden, in denen das Verhalten der Behörde nicht als illegal und redlichkeitswidrig charakterisiert werden kann.

β) Als weitere Erwägung führt Mainka⁷⁶⁾ gegen das Treu- und Glauben-Prinzip als Grundlage des Vertrauensschutzes an, daß die allein auf Treu und Glauben gestützte Spruchpraxis die wirklichen und für die Entscheidung maßgebenden Gründe unausgesprochen ließe und durch die Berufung auf den Redlichkeitssatz verdecke.⁷⁷⁾ Dem ist insofern zuzustimmen, als in allen Fällen der Rechtsfortbildung ein

75) BGHZ 12,154,157; RGZ 101,47,49;

76) Mainka, Vertrauensschutz, S.15;

77) s.a. Gernhuber, JZ 1962,555;

strenger und ins Detail gehender Begründungszwang angebracht ist. Doch richtet sich der Vorwurf nicht gegen den Treu- und Glauben-Gedanken in seiner Funktion als Grundlage des Vertrauensschutzprinzipes. Es ist zu unterscheiden, ob das Prinzip dogmatisch nicht zur Begründung des Vertrauensschutzes geeignet ist, was wie dargestellt auch mit Mainkas Ausführungen nicht behauptet werden kann, oder ob das Prinzip im Falle der Einzelentscheidung die maßgeblichen, sein Eingreifen verursachenden Gründe nicht anführt. Diese Gefahr der die maßgeblichen Entscheidungsgründe unerwähnt lassenden Spruchpraxis besteht auch bei der von Mainka vertretenen Herleitung des Vertrauensschutzes. Er sieht die unmittelbare Grundlage auf dem Gebiet der Leistungs- und Eingriffsverwaltung - hier begründet durch den Gehorsamsanspruch des Staates, dort durch die gesteigerte Abhängigkeit des einzelnen von gewährenden Akten⁷⁸⁾ - in dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates.⁷⁹⁾ Auch hierbei handelt es sich um einen vielschichtigen Rechtsbegriff, der den Richter ermächtigt, den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Entscheidungen zu fällen, wobei er weitgehend darauf verzichten kann, die konkreten, zur Entscheidung führenden Erwägungen herauszustellen. Darin kann kein Grund liegen, den Gedanken als solchen zur Herleitung des Vertrauensschutzes als ungeeignet zu bezeichnen. Insoweit sind die geäußerten Bedenken gegen das Treu und Glauben Prinzip nicht gerechtfertigt.

78) Mainka, Vertrauensschutz, S. 27;

79) Mainka, Vertrauensschutz, S. 30;

cc) Was die Frage nach der praktischen Anwendbarkeit des Vertrauensschutzgedankens im Einzelfall betrifft, so läßt sich diese nur beantworten, wenn zuvor die allgemeinen Voraussetzungen geklärt werden, unter denen ein gegenüber früher geändertes Verhalten der Behörde als Verletzung des Vertrauensschutzes abgewehrt werden kann.

α) Als erstes Erfordernis folgt aus der Natur der Sache eine Vertrauenslage, d.h. ein Verhalten der Behörde, an das sich die Erwartung des einzelnen knüpft, die Behörde werde sich auch künftig nicht zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzen. Eine derartige Vertrauenslage kann durch alle Verhaltensweisen der Behörde hervorgerufen werden, mit denen sie dem Bürger gegenübertritt und die geeignet sind, in ihm die Erwartung hervorzurufen, die Behörde werde es auch künftig dabei bewenden lassen.

β) In den Fällen der Rücknahme fehlerhafter Akte, bei denen der Vertrauensschutz seine überwiegende Bedeutung entfaltet, richtet sich die Schutzwürdigkeit der Vertrauenslage danach, ob die Rechtswidrigkeit der Maßnahme im Verantwortungsbereich der Behörde oder des betroffenen Bürgers liegt.⁸⁰⁾ Diese Unterscheidung ist ein sachgerechtes Kriterium für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens; denn trägt für die Rechtswidrigkeit nicht die Behörde die Verantwortung, so verstößt die Rücknahme auch nicht gegen die rechtsstaatlichen

80) BVerwGE 6,1,8; 8,261,268; 10,309,309; Menger, VerwArch. Bd.51 S. 158; Obermayer, NJW 1962, 1470; OVG Münster DÖV 1960, 515;

Interessen des Bürgers. Liegt die Fehlerhaftigkeit der Maßnahme jedoch im Verantwortungsbereich der Behörde, sei es, daß sie bei Vorliegen aller zu berücksichtigenden Umstände dennoch das Gesetz unrichtig angewandt hat, sei es, daß sie aufgrund einer falschen Annahme von Tatsachen zu Unrecht die gesetzlichen Voraussetzungen angenommen hat, so ist das Vertrauen des Betroffenen in die Rechtmäßigkeit schutzwürdig.⁸¹⁾

8) Darüber hinaus kann gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes die besondere Schutzwürdigkeit der beim Betroffenen bewirkten Vertrauenslage erst dann anerkannt werden, wenn er sich im Vertrauen auf den Fortbestand der Maßnahme tatsächlich gebunden oder in gleichwertiger Weise disponiert hat⁸²⁾; denn das Vertrauen des Bürgers wird nicht um seiner selbst willen geschützt. Eine bloß innere Einstellung genügt nicht, um der Behörde die Möglichkeit der Rücknahme zu nehmen. Hingegen sind vermögensrechtliche Dispositionen nicht der einzige Grund zur Annahme des Vertrauensschutzes⁸³⁾, denn es besteht kein vernünftiger Grund, das Vertrauen des Betroffenen als weniger schutzwürdig anzusehen, wenn seine Disposition im Vertrauen z.B. auf die Einhaltung angekündigter Prüfungsbedingungen für ein staatliches Examen liegt.⁸⁴⁾

81) BVerwGE 6,9;

82) Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S.38; Obermayer, NJW 1962, 1471 FN 55; BVerwG NJW 1961,1131;

83) Zuck, DÖV 1960, 582; Bay VGH VerwRspr 7,294;

84) Bay VGH VerwRspr Bd.7 S.294;

dd) Liegen die aufgeführten Voraussetzungen vor, dann ist die Behörde aus dem Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes an der Rücknahme einer begünstigenden, aber rechtswidrigen Maßnahme gehindert. Dennoch ist selbst in diesen Fällen der Gedanke des Vertrauensschutzes nicht uneingeschränkt anwendbar. Da der Vertrauensschutz als ein allgemeiner Gedanke in seiner Anwendung nicht an eine bestimmte Art des Verwaltungshandelns geknüpft ist, ist seine Heranziehung verfehlt, wenn die begehrte Bindung bereits unter Anwendung besonderer Grundsätze erreicht wird. Seine Anwendung hat somit als weitere Voraussetzung, daß nicht schon aufgrund besonderer bestehender Grundsätze eine Bindung der Behörde eintritt.⁸⁵⁾ Das Vertrauensschutzprinzip erhebt deshalb keinen Anspruch auf unbedingte Geltung. Es ist als allgemeiner, de lege lata geltender Rechtsgedanke *lex generalis* gegenüber jeder "Spezialnorm", die den Interessenkonflikt anders entscheidet. Es ist - so gesehen - ein subsidiäres Prinzip⁸⁶⁾, das, wie Zeidler⁸⁷⁾ es formuliert hat, nur "Notbremse" sein darf, wenn dogmatisch gesicherte Wege noch nicht erschlossen sind. Dieser Wesenszug erhellt auch die untergeordnete Bedeutung des Vertrauensschutzes als Hinderungsgrund des Widerrufs fehlerfreier begünstigender Maßnahmen. Als nur subsidiär anwendbarer Rechts-

85) Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S. 47; Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 14;

86) Mainka, Vertrauensschutz, S.36; Lenz, das Vertrauensschutzprinzip, S. 32;

87) Zeidler, Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag, Verhandl. Bd.1, S.64;

gedanke kann er nicht Entscheidungsgrundlage für die Unwiderruflichkeit rechtmäßiger VA'e sein, da nach ganz überwiegender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung die Behörde durch den Widerruf nicht in Rechte eingreifen darf.⁸⁸⁾

ee) Sind nun die Voraussetzungen geklärt, unter denen das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand eines Verwaltungsaktes schutzwürdig und damit zu berücksichtigen ist, so erhebt sich jetzt noch die Frage, wie sich die Bindungswirkung des Vertrauensschutzes, die ja einem Individualinteresse dient, mit der Pflicht der Verwaltung, die Belange der Gesamtheit wahrzunehmen, vereinbaren läßt. Eine Verletzung der Pflichten der Verwaltung könnte insbesondere im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung möglich erscheinen. So folgert Forsthoff⁸⁹⁾ aus diesem Grundsatz eine Rechtspflicht zur Rücknahme. Er sieht in der dem Vertrauensschutz nachgeordneten Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine jener Bestrebungen, welche darauf gerichtet sind, die strenge rechtsstaatliche Formalisierung der hoheitlichen Funktionen unter Berufung auf materiale Grundsätze aufzuweichen.⁹⁰⁾ Forsthoff spricht dabei mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht das Vorbehalts-, sondern das Vorrangprinzip an. Gerade das Vorrangprinzip besagt aber lediglich, daß gesetzwidrige Akte nicht ergehen dürfen. Hingegen sagt es nichts darüber aus, was zu geschehen hat, wenn einmal die Vorrangs-

88) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 254;

89) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 253;

90) Forsthoff, a.a.O.;

sperre durchbrochen ist und die Exekutive einen Fehler begangen hat. In diesem Augenblick ist nämlich eine neue Rechtslage geschaffen, und die Gesetzesverletzung selbst ist irreparabel.⁹¹⁾ Die neue Rechtslage kann nur durch einen neuen Akt berücksichtigt werden. Diese darin zum Ausdruck kommende Anpassung an die durch einen rechtswidrigen VA bewirkte Vertrauenslage kollidiert aber nicht mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip.⁹²⁾ Eine andere Interpretation verkennt auch die eigentliche Funktion dieses Prinzips, das nicht nur durch das Interesse des Staates an der Einhaltung seiner Ordnung gekennzeichnet ist, sondern primär durch die Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Bürger und deren Schutz vor ungerechtfertigten Benachteiligungen.

So spricht für die Verpflichtung der Behörde zur Rücknahme eines fehlerhaften Aktes nur auf den ersten Blick die Verpflichtung der Verwaltung zum gesetzmäßigen Verhalten, zur Beseitigung des der bestehenden Rechtsordnung widersprechenden Zustandes. Die Rechtsordnung erkennt aber ganz allgemein auch gleich- oder höherrangige Rechtsgüter an und schützt diese. Als solche Rechtsgüter müssen die Rechtssicherheit, das Vertrauen in die staatliche Autorität und damit in die Rechtsbeständigkeit und Gültigkeit hoheitlicher Maßnahmen angesehen werden.⁹³⁾ Mit Recht wurde daher allgemein

91) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 195; Mainka, Vertrauensschutz, S. 38;

92) s.a. Hauelsen, NJW 1958, 1661; BayVGH BayVB1 1957, 163; Jesch, a.a.O., S. 195; BVerwG NJW 1961, 1131; OVG Koblenz DVBl 1961, 171 mit weiteren Nachweisen;

93) Bay VGH BayVB1 1957, 163;

gegen die von Forsthoff vorgebrachten Bedenken anerkannt, daß der eingetretenen Geltung der fehlerhaften begünstigenden Maßnahme nun ein Ende zu setzen ist und daß sie nicht rückwirkend aufgrund des Gesetzmäßigkeitsprinzips zum Erlöschen gebracht werden muß.

ff) Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Vertrauensschutzprinzip aufgrund des Art. 20 III GG nicht gerechtfertigt sind. Bei der Rücknahme ihrer rechtswidrigen Maßnahmen darf sich daher die Verwaltung nicht nur an der Gewährleistung eines gesetzmäßigen Zustandes orientieren, sie muß sich auch von dem Bestreben leiten lassen, nicht in die schutzwürdige Vertrauenslage des Bürgers einzugreifen. Das Vorliegen letzterer beurteilt sich danach, ob eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes und dem Individualinteresse am Schutz des Vertrauens zugunsten des einzelnen ausfällt oder nicht.⁹⁴⁾ Eine solche Lösung müßte auch Forsthoff und seine konservative Meinung zufriedenstellen.⁹⁵⁾ Sie trägt deren Grundanliegen insoweit Rechnung, als diese meint, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Regelfall zur Rücknahme führen muß. Der herrschenden Meinung wird zugestanden, daß es gerechtfertigt ist, auch das Vertrauen des Staatsbürgers in angemessener Weise zu schützen.

94) so die h.M.: BVerwG NJW 1962,361; BVerwGE 10,308; 11, 137 f.; s.a.: Mainka, Vertrauensschutz, S. 37FN180 mit einer Zusammenfassung der Literatur;

95) so auch Lenz, Das Vertrauensschutzprinzip, S.43;

c) Im Anschluß an die Untersuchung des Vertrauensschutzes erscheint es angebracht, kurz auf die Frage des Rückwirkungsverbotes einzugehen, das vielfach im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutzprinzip gesehen wird. Es ist daher zu beachten, daß eine echte Rückwirkung nur dann vorliegt, wenn nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingegriffen wird.⁹⁶⁾ Eine derartige Rückwirkung verstößt nach der Rechtsprechung des BVerfG⁹⁷⁾ gegen den Rechtsstaatsgedanken, weil Eingriffe in Rechte oder Rechtslagen des Staatsbürgers vorgenommen werden, mit denen er nicht rechnen konnte und die er daher bei verständiger Vorausschau nicht zu berücksichtigen brauchte. Diese Ausführungen erhellen, daß auch die Lehre vom Rückwirkungsverbot auf dem Gedanken des Vertrauensschutzprinzips, dem sachlich gerechtfertigten Verlaß auf eine bestimmte Rechtslage basiert, daß Rechtsstaatlichkeit ohne Voraussehbarkeit nicht möglich ist.

Insoweit wäre auch das aus dem Vertrauensschutzgedanken hervorgegangene Rückwirkungsverbot neben der Selbstbindung und dem Vertrauensschutz ein weiteres Institut, das die Gewährleistung eines konstanten, voraussehbaren staatlichen Handelns durch die Bindung an bereits getroffene Maßnahmen zum Ziel hat. Dennoch paßt es nicht in den Rahmen der zu erörternden Problematik, da es als Instrument speziell zur Beschränkung der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers entwickelt worden ist. In der vorliegenden Arbeit soll aber gerade die Brauchbarkeit derartiger allgemeiner Grundsätze, auch

96) BVerfGE 11,139; 18,70;

97) BVerfGE 1,264; 2,264;

wenn sie dieselbe Funktion haben, nicht bei der Tätigkeit des Gesetzgebers, sondern der Verwaltung geprüft werden. Zwar entfaltet das Rückwirkungsverbot bei den auf dem Verordnungswege ergehenden Verwaltungsrechtssätzen eine gewisse Wirkung⁹⁸⁾, diese bleibt jedoch von untergeordneter Bedeutung. Auf dem Gebiet der verwaltungsrechtlichen Einzelmaßnahmen hingegen ist es völlig verdrängt durch die Lehre von der Rücknahme belastender VA'e.

Aus diesem Grunde findet das Rückwirkungsverbot, im Gegensatz zur Lehre von der Selbstbindung und dem Vertrauensschutz, obwohl es sachlich dieselbe Aufgabe zum Ziel hat, keine Berücksichtigung bei der Untersuchung, ob die allgemeinen Grundsätze zur Bindung der Verwaltung an ihre eigenen Akte im Baurecht zu brauchbaren Ergebnissen führen.

Zusammenfassung:

Die grundlegenden Prinzipien zur Bewältigung der Problematik der Eigenbindung der Verwaltung sind die Lehre von der Selbstbindung und dem Vertrauensschutz. Sie haben die Festlegung der Verwaltung auf ein bestimmtes, von ihr gezeigtes Verhalten zum Gegenstand. Hier gestützt auf das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG, dort auf den Grundsatz von Treu und Glauben und rechtsstaatliche Erwägungen, dienen beide dem Schutz des Bürgers vor willkürlichen, nicht berechenbaren Verwaltungsentscheidungen und sichern eine gleichmäßige, voraussehbare Verwaltungspraxis. Mögen die beiden Institute in ihrer Einzelausgestaltung dogmatisch nicht mit letzter Klarheit abgegrenzt sein, so sind sie dennoch verfassungsrechtlich gesichert und werden hierdurch auch nicht in ihrer praktischen Anwendbarkeit beeinträchtigt.

Das nämliche kann für das Rückwirkungsverbot aufrechterhalten werden, das sich aber nicht an die Verwaltung, sondern in erster Linie an den Gesetzgeber wendet.

98) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 145;

II. Prüfung der Brauchbarkeit von Selbstbindung und Vertrauensschutz im Baurecht

Nach der Darstellung der für die weitere Untersuchung ausschlaggebenden Grundsätze der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes gilt es nun zu prüfen, welche Ergebnisse sie im Hinblick auf die im Baurecht bestehende Eigenbindungssituation erzielen.

1) Ausgangspunkt ist hierbei die Lehre von der Selbstbindung. Folglich beschränken sich die der Prüfung unterliegenden Fälle bereits auf den Bereich, wo die Verwaltung nicht aufgrund sich aus der Rechtsordnung unmittelbar ergebender Verpflichtungen an ein bestimmtes Verhalten gebunden ist.⁹⁹⁾ Die Möglichkeit einer Selbstbindung ergibt sich nur dort, wo die Verwaltung aufgrund des ihr eingeräumten Ermessens ihrer Entscheidung mehrere Wertungen zugrunde legen kann und dabei dennoch im Rahmen der Rechtsordnung bleibt.¹⁰⁰⁾ Der Gleichheitssatz fordert nur Gleichheit im Rahmen des Ermessens, d.h. unter Beachtung der der Verwaltung eingeräumten Befugnis zur Gestaltung von Lebenssachverhalten in dem von ihr jeweils für zweckmäßig erachteten Sinn.¹⁰¹⁾ Die Selbstbindungsproblematik taucht daher nur da auf, wo der Gesetzgeber mittels baurechtlicher Bestimmungen der Verwaltungsbehörde Ermessen eingeräumt hat.

99) Mertens, Selbstbindung, S. 30;

100) Wallerath, Selbstbindung, S. 17;

101) Wallerath, Selbstbindung, S. 17, 139;

a) Gerade bei Baugenehmigungen häufen sich immer mehr die Fälle, daß der abgewiesene Bauherr argumentiert, die Behörde habe in ähnlichen Fällen die Genehmigung erteilt und sei daher auf gewisse Selbstbindung eingegangen. Nicht selten werden aber auch trotz Nichtvorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen Baugenehmigungen erteilt, unter Berufung auf das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG. Es bedarf hierbei der Erörterung, ob und inwieweit der Gesetzgeber überhaupt eine Berücksichtigung des Gleichheitssatzes bei der Erteilung von Baugenehmigungen gewünscht hat und dies in Form einer der Baubehörde eingeräumten Ermessensentscheidung zum Ausdruck gebracht hat.

Am häufigsten stellt sich in der Praxis die Frage der Gleichbehandlung von Baugesuchen im Bauplanungsrecht. Nach dem Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BBauG) ist hierbei zu unterscheiden, ob das betroffene Grundstück im Bereich eines verbindlichen Bebauungsplanes liegt oder nicht.

aa) Für die Gemeindegebiete, für die ein Bebauungsplan nicht aufgestellt ist, bestimmt § 34 BBauG, daß innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ein Vorhaben zulässig ist, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich ist. Demgemäß hat der Eigentümer einen Anspruch darauf, daß jedes Vorhaben zugelassen wird, das sich im Rahmen der vorhandenen Bebauung und Erschließung hält, und imübrigen auch baupolizeilich genehmigt werden kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist, daß das Vorhaben im Vergleich zur vorhandenen Bebauung unbedenklich ist, also sich nach der Eigenart des Baugebietes und nach der überwiegenden tatsächlichen Nutzung der umliegenden

bebauten Grundstücke richtet. Das ist an Hand der örtlichen Gegebenheiten festzustellen.¹⁰²⁾ Diese Feststellung gibt keinen Anhalt für ein Ermessen der Behörde in dem Sinn, daß sie bei Unbedenklichkeit des Vorhabens die Zulässigkeit auch verneinen und bei Bedenklichkeit auch bejahen könnte. Der unbestimmte Rechtsbegriff der "Unbedenklichkeit" enthält keinen Beurteilungsspielraum und ist damit vom Verwaltungsgericht voll überprüfbar, weil derartige Rechtsbegriffe dort, wo es um Eingriffe in Grundrechte geht, keine Entscheidungsfreiheit für die Exekutive beinhalten können.¹⁰³⁾ Nach dem Gesagten kann daher nur richtige, nicht aber gleiche Rechtsanwendung verlangt werden. Hat die Behörde in gleichgelagerten Fällen trotz Unvereinbarkeit mit der vorhandenen Bebauung störende Vorhaben in Wohngebieten bisher genehmigt, so besteht kein Anspruch auf Fortsetzung dieser Übung aufgrund des Gleichheitssatzes.

Es geht nach § 34 BBauG im unbeplanten Innenbereich der Gemeinde um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, also um gebundene Verwaltung. Für die Anwendung des Gleichheitssatzes gibt es keinen Raum, und die Lehre von der Selbstbindung ist nicht anwendbar.

bb) Die Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Außenbereich der Gemeinde regelt § 35 BBauG. Hiernach können abgesehen von den Ausnahmen des § 35 I BBauG nach § 35 II BBauG alle übrigen Bauvorhaben zugelassen

102) BVerwG DVBl 1968, 44;

103) BVerwG MDR 1963, 950; Schrödter, BBauG, § 36 Anm. 8; Sarnighausen MDR 1969, 2; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 81 ff.;

werden, wenn die öffentlichen Belange durch das Vorhaben nicht beeinträchtigt werden. Als "Kannvorschrift" müßte § 35 II BBauG der Baubehörde einen Ermessensspielraum einräumen¹⁰⁴⁾ und die Selbstbindungslehre erscheint anwendbar. Entsprechend wird gegenüber den versagenden Bescheiden nach § 35 II BBauG das Gleichheitsgebot auch am häufigsten geltend gemacht. Dennoch kann Art. 3 GG hierbei nicht berücksichtigt werden. Verantwortlich ist die Rechtsprechung des BVerwG¹⁰⁵⁾, das die Regelung des § 35 II BBauG als mit Art. 14 GG nicht vereinbar ansieht und § 35 II BBauG dahin auslegt, daß auch sonstige Vorhaben zugelassen werden müssen, wenn durch sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Weil Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze und nicht durch die Verwaltung zu bestimmen seien, bejaht das BVerwG einen strikten Rechtsanspruch auf die Zulassung eines Außenbereichsvorhabens, das die öffentlichen Belange nicht beeinträchtigt. Umgekehrt sei die begehrte Genehmigung zwingend zu versagen.

Es kommt also für die Erteilung oder Nichterteilung einer Genehmigung nach § 35 II BBauG allein auf den Begriff der "öffentlichen Belange" an, der als unbestimmter Rechtsbegriff der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Es ist demnach auch im Rahmen des § 35 II BBauG für die Beachtung des Gleichheitssatzes und der Lehre von der Selbstbindung kein Raum.

cc) Das nämliche gilt für den Geltungsbereich eines verbindlichen Bebauungsplanes. § 30 BBauG enthält

104) BVerfG MDR 1959, 365;

105) BVerwGE 18, 247;

die Bestimmung, daß ein Vorhaben zulässig ist, wenn es in bodenrechtlicher Hinsicht den in einem "qualifizierten" Bebauungsplan getroffenen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Auch hier bleibt für die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes kein Raum. Der Baugenehmigungsbehörde steht kein Ermessensspielraum zu und Berufungen auf Art. 3 GG sind für sie unbeachtlich. -

dd) § 31 I BBauG bestimmt nun, daß unter bestimmten Voraussetzungen von den Festsetzungen des Bebauungsplanes Ausnahmen zugelassen werden können. Das Vorliegen einer Kannvorschrift spricht für einen der Baugenehmigungsbehörde eingeräumten Ermessensspielraum und die Anwendbarkeit des Art. 3 GG. Da aber hierbei nicht ausdrücklich bestimmt ist, woran die Behörde ihr Ermessen zu orientieren hat, sah sich das Verwaltungsgericht Münster¹⁰⁶⁾ dazu veranlaßt, dem Bauherrn stets einen Anspruch auf die Ausnahme zuzubilligen, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Die Entscheidung knüpft an die Rechtsprechung des BVerwG¹⁰⁷⁾ zu § 35 II BBauG an, das aus verfassungsrechtlichen Erwägungen trotz der Fassung "können zugelassen werden" eine Muß-Vorschrift gesehen hat, weil jede Vorschrift verfassungswidrig sei, durch welche die Bestimmung des Eigentumsinhalts dem Ermessen der Verwaltung überlassen werde. Es fragt sich allerdings, ob die erwähnte Rechtsprechung des BVerwG zum "können" des § 35 II BBauG auf das "kann" des § 31 I BBauG übertragen werden soll. Stimmt man dieser Ansicht zu, so bestünde bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen

106) VG Münster DVBl 1967, 298;

107) BVerwGE 18, 247;

ohne Einschränkung durch Ermessenserwägungen ein Rechtsanspruch auf

α) Zulassung von Ausnahmen. Das historisch gewachsene Institut der Ausnahmegewilligung als Ermessensentscheidung wäre in Frage gestellt und die Ausnahme wäre nicht mehr als "Rechtswohltat"¹⁰⁸⁾ zu bezeichnen.

β) Wenn Sarnighausen¹⁰⁹⁾ hierzu ausführt, es sei auch ein erheblicher Unterschied zwischen § 35 II BBauG und § 31 I BBauG nicht ersichtlich und deshalb eine sich auf § 31 I BBauG erstreckende Korrektur der Entscheidung des BVerwG¹¹⁰⁾ zu erwägen, so verkennt er das Wesen der Ausnahmegewilligung von einem bereits vorliegenden Bebauungsplan. Im Gegensatz zu § 35 II BBauG handelt es sich nämlich bei der Zulassung der speziellen Ausnahme von den Festsetzungen des Bebauungsplanes um eine aus der Planungshoheit der Gemeinde fließende Entscheidung und nicht nur um die präventive Feststellung der Baugenehmigungsbehörde, daß einem Vorhaben öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 I BBauG ist in dieser Hinsicht ein wahrer rechtsgestaltender VA im Rahmen des pflichtgemäßen Planungsermessens und ihrer Natur nach etwas anderes als eine einfache feststellende Baugenehmigung nach § 35 II BBauG.¹¹¹⁾ Planungsermessens, in Form von Planungsabsichten, wie es auch in einer Ausnahmegewilligung zum Ausdruck kommt, kann ja auch nur im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes relevant werden.¹¹²⁾ Ist die Planung noch un-

108) Schroedter, BBauG, S. 238;

109) Sarnighausen, MDR 1969, 3;

110) BVerwGE 18, 247;

111) OVG Münster DVBl 1968, 49; Scheerbarth, DVBl 1967, 301;

112) BVerwG DÖV 1967, 276;

verbindlich und nicht abgesichert, so wie dies bei § 35 II der Fall ist, so sprechen die Ziele des Gesetzes nicht für eine Entscheidung im Rahmen des Planungsermessens, vielmehr richtet sich die Entscheidung nur nach der tatsächlich vorhandenen Bebauung. Anders bei einer Ausnahmegewilligung nach § 31 I BBauG. Hier hat die Baubehörde durch Aufstellung eines Bebauungsplanes von ihrem Planungsermessen Gebrauch gemacht und auch eine hiervon bewilligte Ausnahme bewegt sich im Rahmen dieses Ermessens, so daß sich aus diesem Grunde die Entscheidung nach § 31 I ihrer Natur nach als Ermessensentscheidung darstellt. Die Ausübung der der Gemeinde grundsätzlich übertragenen Planungshoheit im Rahmen des § 31 I BBauG beinhaltet zwar auch eine gerechte Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen, diese Abwägung entspricht aber gerade dem Wesen der Ermessensentscheidung und läßt diese nicht zur Rechtsanwendung werden. Auch ein nach Zweck, Inhalt, Gegenstand und Ausmaß bestimmbares pflichtgemäßes Ermessen gibt keinen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Maßnahme, sondern beläßt der Behörde ihre Entscheidungsfreiheit.¹¹³⁾ Dann aber bleibt auch die Gewährung einer Ausnahme eine "Wohltat", auf die ein Rechtsanspruch nicht besteht.

Trotz der Entscheidung des BVerwG zu § 35 II BBauG bleibt deshalb festzuhalten, daß § 31 I BBauG als dispositive Norm aufzufassen ist, die der Baugenehmigungsbehörde Ermessen einräumt. Das bedeutet, daß im Geltungsbereich eines rechtsverbindlichen Bebauungsplanes der Gleichheitssatz über § 31 I BBauG Anwendung findet.

113) Scheerbarth, DVBl 1967, 302; Sendler, BBauBl 1968, 63;

ee) Die Frage nach der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes und einer eingeräumten Ermessensentscheidung stellt sich auch im Rahmen des § 31 II BBauG. § 31 II übernimmt die seit jeher in allen Bauordnungen enthaltene Regelung, welche bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen eine Befreiung von zwingenden Vorschriften des Baurechts im Einzelfall gewährt. Die strengen gesetzlichen Voraussetzungen werden durch eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen gebildet - "nicht beabsichtigte Härte", "öffentliche Belange", "Gründe des Wohls der Allgemeinheit"¹¹⁴⁾ - ohne deren Vorliegen eine jede dem Bauherrn günstige Entscheidung rechtswidrig ist.¹¹⁵⁾ Die Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe beläßt der Behörde einen weiten Spielraum. Sie muß jedoch bei ihrer Entscheidung den Begriff nach "durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung" füllen und ihm damit einen dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Inhalt geben.¹¹⁶⁾ Hierbei bleibt der Behörde keine Möglichkeit, ihr Ermessen walten zu lassen.¹¹⁷⁾

α) § 31 II BBauG läßt aber nach der Feststellung der unbestimmten Rechtsbegriffe noch die Möglichkeit offen, die Befreiung zu erteilen oder zu versagen. Diese Entscheidung in einem derartigen sog. Mischtatbestand¹¹⁸⁾, die erst nach der Prüfung der Voraussetzungen der unbestimmten Rechtsbegriffe getroffen wird, ist nun wiederum eine Ermessensentscheidung, die erst aufgrund dieser Prüfung zugelassen wird.¹¹⁹⁾

114) Heitzer-Oesterreicher, BBauG, § 31, Anm.1;
Schroedter, BBauG, § 31, Anm.3;

115) OVG Münster OVGE 10,226;

116) BVerwGE 2,313;

117) BVerwGE 4,307;

118) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Anm. 11a;

119) BayVGH n.F. 7,121;

Auch hier taucht die Frage auf, woran die Baubehörde ihr Ermessen zu orientieren hat und ob ihr dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, überhaupt noch ein echter Ermessensspielraum verbleibt. Ermessen ist nur dort denkbar, wo der Behörde eigene Maßstabsetzung noch möglich ist, wo noch Raum für eigene Erwägungen ist, wo ein eigenes Verwaltungskonzept entwickelt werden kann. Absorbiert der gesetzliche Tatbestand durch Begriffe wie "öffentliche Belange" oder "Wohl der Allgemeinheit" bereits alle möglichen sachlichen Erwägungen, so bleibt für ein Rechtsfolgeermessen kein Raum mehr.¹²⁰⁾ Dieser Gesichtspunkt läßt im Rahmen des § 31 II BBauG einen Ermessensspielraum zweifelhaft erscheinen.

- β) Dementsprechend billigen Gierth¹²¹⁾ und Erichsen¹²²⁾ im Fall der ersten Alternative des § 31 II S.1 BBauG den Behörden keinen Ermessensspielraum zu. Gierth beruft sich dabei auf die Rspr. des BVerwG¹²³⁾, wonach es Kann-Vorschriften gibt, die so gefaßt sind, daß sie aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtslogik nur dahin interpretiert werden können, daß dem Antragsteller, der ihre Voraussetzungen erfüllt, nicht nur der Anspruch auf fehlerfreie Ermessenshandhabung, sondern vielmehr der Anspruch auf Gewährung der Rechtsfolge selbst zuerkannt werden muß. Er zählt zu dieser Gruppe von Vorschriften auch § 31 II S.1 1. Alt. BBauG mit der Begründung, daß der Behörde, wenn die Tatbestandsmerkmale dieser Norm erfüllt sind, gar keine andere Wahl mehr bleibt, als die - nur scheinbar in ihr Ermessen gestellte - Rechtsfolge zu gewähren, und daß daher ein dahingehender Anspruch des Bauherrn

120) BVerwG DVBl 1964, 528;

121) Gierth, BWVBl 1965, 129; 1966, 129; NJW 1966, 2424;

122) Erichsen, DVBl 1967, 269;

123) BVerwGE 1, 321; 2, 295; 2, 349; 3, 288; 4, 250;
4, 304; 18, 247;

notwendigerweise angenommen werden muß. Allein dieses Ergebnis sei mit den Zielen des Gesetzes vereinbar. Die gesetzlichen Befreiungstatbestände berücksichtigen bereits alle einschlägigen Faktoren und der Gesetzgeber habe hierbei sich nicht nur darauf beschränkt, lediglich dem Ermessen die Richtung zu weisen, vielmehr wollte er die Schaffung einer rechtsstaatlich bedenklichen, allzu vagen Dispensationsermächtigung vermeiden.¹²⁴⁾ Die Ermächtigung sei bereits so konkretisiert, daß bereits bei der Frage, ob der zu entscheidende Sachverhalt hierunter fällt, alles geprüft werden muß.

Dieselbe Meinung vertritt auch Erichsen¹²⁵⁾, der die Möglichkeit einer ablehnenden Entscheidung der Behörde deshalb ausschließt, weil im Falle der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 31 II S.1 1.Alt. BBauG eine Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die zu einer negativen Entscheidung führen könnten, gegen die für die Ermessensbildung maßgebenden Grundsätze verstoßen würde.

Grundsätzlich kann diesen im Anschluß an die Rspr. des BVerwG¹²⁶⁾ getätigten Ausführungen gefolgt werden. Die von Scheerbarth¹²⁷⁾ hiergegen geltend gemachten Einwände greifen nicht durch. Wenn er meint, daß "das böse alte Ermessen" doch wieder zum Zuge komme in den Fällen, in denen sich eine exakte Vereinbarkeit der öffentlichen Belange mit der Ausnahmegewilligung nicht auf Anhieb feststellen lassen könne und die Behörde deshalb doch wieder eine Interessenabwägung vornehmen müsse, und das sei eine echte Ermessensentscheidung,

124) Kellner, NJW 1966,857;

125) Erichsen, DVBl 1967,269;

126) siehe FN 123;

127) Scheerbarth, DVBl 1967,302;

so kann dem nicht beigetreten werden. Die Feststellung nämlich, ob der Dispens eine Beeinträchtigung der öffentlichen Belange beinhaltet, ist die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Daß dabei eine Interessenabwägung stattfindet, läßt die Feststellung nicht zur Ermessensentscheidung werden. Es kann eine derartige zweifelhafte Situation über die Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen praktisch nicht entstehen. Hiergegen spricht das Wesen der Entscheidung über den unbestimmten Rechtsbegriff. Sie ist eine Pflichtentscheidung, die nur eine Feststellung zuläßt. Die von Scheerbarth angedeutete Situation, in der eine Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen nicht eindeutig festgestellt werden kann und in der dann doch auf Ermessenserwägungen zurückgegriffen wurde, ist aufgrund des Wesens der Entscheidung über einen unbestimmten Rechtsbegriff nicht denkbar.

Dieser gegen die Praktikabilität der Meinung von Gierth und Erichsen gerichtete Angriff Scheerbarths greift nicht durch.

Es bestehen aber andere, grundlegende Bedenken gegen die Ansicht, § 31 II S.1 1. Alt. stelle eine gebundene Entscheidung dar. Es ist nämlich nicht richtig, daß der zwar "kopflastige"¹²⁸⁾ § 31 II S.1 1. Alt. BBauG bereits alle für die Dispenserteilung einschlägigen Faktoren enthält und deren Berücksichtigung mit der Bejahung des Erfülltseins der genannten Begriffe abgeschlossen ist. Nicht nur "theoretisch" kommen "in besonders gelagerten"¹²⁹⁾ Fällen Erwägungen in Betracht, die eine ablehnende Ermessensentscheidung begründen.

128) Gierth, BWVBl 1966, 129;

129) Gelzer, Das Neue Bauplanungsrecht, § 153;

Aufgeführt sei der Fall, daß die Erteilung der Befreiung zwar mit öffentlichen Belangen vereinbar ist, aber aus zivilrechtlichen Gründen, die nicht mehr streitig, sondern rechtskräftig entschieden sind, das Grundstück im Sinne der Befreiung nicht bebaut werden darf. So hat das BVerwG¹³⁰⁾ entschieden, daß die Baugenehmigungsbehörde den Bauantrag ohne Prüfung der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Vorhabens ablehnen darf, wenn rechtskräftig entschieden ist, daß aus zivilrechtlichen Gründen das Grundstück nicht bebaut werden darf. Diese im Interesse der Einheit der Rechtsordnung und verwaltungsökonomisch richtige Entscheidung eröffnet doch ein bislang völlig unberücksichtigtes Gebiet der Erwägungen bei der Entscheidung nach § 31 II S.1, 1.Alt. BBauG, nämlich die privatrechtliche Rechtssituation. Es gibt eben im Baurecht neben der "Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen" unter Umständen eine höhere soziale Gebundenheit, eine besondere "Pflichtigkeit"¹³¹⁾ des Grundeigentums, die nicht übergangen werden darf. Dennoch kann die privatrechtliche Rechtslage durchaus einer Befreiung entgegenstehen, obwohl öffentliche Belange nicht beeinträchtigt sind. Allein dieser Bereich der privatrechtlichen Lage des Grundeigentums stellt einen wesentlichen Gesichtspunkt bei den Erwägungen im Rahmen des § 31 II S.1, 1.Alt. dar, der bisher keine Berücksichtigung gefunden hat. Es geht daher nicht an zu sagen, der Tatbestand des § 31 II S.1, 1.Alt. sei so konkretisiert und auf alle möglichen Erwägungen zugeschnitten, daß man ein Ermessen ausschließen und § 31 II S.1, 1.Alt. BBauG als Rechtsentscheidung ansehen könne.

130) BVerwG NJW 1965,551;

131) BVerwG DVBl 1964,187; Scheerbarth DVBl 1967,303;

ff) Aus demselben Grund ist die Entscheidung des OVG Münster¹³²⁾ nicht haltbar. Es befaßt sich mit § 31 II S.1, 2.Alt. BBauG und will mit ähnlichen Erwägungen ein Ermessen der Behörde bei § 31 II S.1, 2.Alt. BBauG ausschalten. Es ist der Ansicht, daß die Entscheidung über die Befreiung nach § 31 II S.1, 2.Alt. nur im Sinne des Bauherrn ergehen kann, wenn Gründe des allgemeinen Wohles die Befreiung von den Vorschriften eines Bebauungsplanes erfordern. Wenn Gründe des allgemeinen Wohles die Befreiung erfordern, dann sei es nicht mehr vorstellbar, daß es andere öffentlich-rechtliche erhebliche Gründe geben kann, die die Versagung der Befreiung rechtfertigen könnten.

α) Auch hierbei wird übersehen, daß bei der Entscheidung noch andere Erwägungen ins Gewicht fallen. Beim § 35 II S.1 2.Alt. sind es die ausdrücklich in § 35 II S.1, 1.Alt. erwähnten "nachbarlichen Interessen". Nach der Entscheidung des OVG Münster müßte es der Nachbar im Interesse der Allgemeinheit hinnehmen, daß die dem Bauherrn erteilte Befreiung zu einer Wertminderung des Nachbargrundstückes führen würde. Das kann genausowenig Sinn der zweiten Alternative sein, wie es bei Anwendung der ersten zulässig wäre. Vielmehr hat die Behörde die Beeinträchtigung der Privatinteressen im Rahmen ihrer Entscheidung mitzuberücksichtigen.¹³³⁾ Es liegt also auch im Rahmen der zweiten Alternative kein derartiger Fall vor, daß infolge eines "kopflastigen" umfassenden Tatbestandes, der alle einschlägigen Faktoren mitumfaßt, ein Ermessensspielraum der Behörde ausgeschlossen ist.

132) OVG Münster NJW 1966, 1833;

133) Menger-Erichsen, VerwArch. Bd.58 S. 179;
Gierth, NJW 1966, 2425;

β) Abgesehen von den aufgeführten Argumenten entspricht dem Wesen des Dispenses von einer Rechtsvorschrift nur eine Ermessensentscheidung. Diese Feststellung knüpft an die allgemein getroffene Unterscheidung zwischen einer Dispensationsermächtigung und dem sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt,¹³⁴⁾ Während die Dispensationsermächtigungen gesetzlich untersagte Verhaltensweisen nur für seltene Ausnahmefälle dulden und die repressive Wirkung des allgemeinen Verbotes nicht aufheben wollen, wirkt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nur vorläufig und präventiv.¹³⁵⁾ Es will im Grunde nur die Beachtung wichtiger gesetzlicher Bestimmungen sicherstellen. Werden diese Anforderungen erfüllt, so muß die Erlaubnis erteilt werden; anderenfalls erstarkt das bis dahin nur vorläufige Gebot zu einem endgültigen. Dieses präventive Verbot, das für die Mehrzahl der unbedenklichen Fälle eine Erlaubnis vorsieht, schlägt sich in zwingenden Normen nieder und gewährt den Betroffenen ein einklagbares Recht auf die Erteilung der Erlaubnis. Hingegen steht die Befreiung von einer repressiven Verbotsnorm ihrem Wesen nach immer im Ermessen der Behörde; denn über die Bewilligung oder die Verweigerung eines Dispenses wird selbst dann, wenn nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Dispensation ermächtigt wurde, letzten Endes doch immer frei von gesetzlichen Bindungen entschieden. Ein erzwingbarer Anspruch des Einzelnen auf Dispensation müßte schon gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich zugesprochen sein. Dies wollen aber die Be-

134) Mußnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, S. 87 ff.; Schroedter, BBauG, § 31 Anm.3; Sendler BBauBl 1968, 63;

135) Mußnug, a.a.O., S.88;

freilassungsermächtigungen gerade verhindern. Nicht nur daß es mit dem Begriff der Befreiung als einer nach Ermessen zu bewilligenden Ausnahme unvereinbar wäre, es wäre auch ein einklagbares subjektives Recht auf Dispenserteilung ein Widerspruch in sich selbst.¹³⁶⁾

Dieses auch im Rahmen des § 31 II BBauG der Baubehörde Ermessen einräumende Ergebnis dient der der Befreiungsvorschrift vom Gesetzgeber zugedachten Aufgabe¹³⁷⁾, der Korrektur atypischer, auf die objektiven Verhältnisse des Grundstücks bezogener Fälle, wo z.B. seine Lage oder sein Zuschnitt zu Auswirkungen führen, die von den baurechtlichen Normen nicht vorgesehen sind und von ihrem Zweck her nicht erfordert werden. Würde man die Ermessensregel in striktes Recht umdeuten, so würde der gerade im Bauwesen so wichtige Dispens seiner die Elastizität der Rechtsordnung fordernden Funktion beraubt und zur gesetzesgebundenen Ausnahmeerlaubnis "denaturiert".¹³⁸⁾

gg) Zusammenfassend ergibt sich daher für das Bauplanungsrecht hinsichtlich der Erteilung von Baugenehmigungen, daß lediglich innerhalb von Plangebieten aufgrund der Ermessensbestimmung des § 31 I und II BBauG ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht und Baugenehmigungen allein mit Rücksicht auf andere bereits erteilte entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen gewährt werden dürfen. Bei Vorhaben

136) so auch im Ergebnis: BVerfGE 14, 25, 30;

137) Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht, § 135; Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, § 143; Schroeder, BBauG, § 31 Anm. 3a;

138) Ossenbühl, DÖV 1968, 622;

im unbeplanten Innen- und Außenbereich findet das Gleichheitsgebot keine Anwendung, da Rechtsentscheidungen vorliegen, die der Baugenehmigungsbehörde keinen Ermessensspielraum gewähren.

Dieses Ergebnis wird der durch das BBauG getroffenen grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers gerecht. Wo die Baubehörde durch Ausarbeitung eines verbindlichen Bebauungsplanes von der in § 2 BBauG näher umrissenen Planungshoheit Gebrauch gemacht hat und ihr Ermessen mittels bauleitplanender Maßnahmen betätigt hat, dort muß sie sich auch vom Bürger an ihren Entscheidungen festhalten lassen. Hier greift die Lehre von der Selbstbindung ein und beschränkt die Behörde in ihrem Planungsermessen. Hat die Behörde von ihren Befugnissen keinen Gebrauch gemacht, so greift die gesetzliche Regelung der §§ 34, 35 BBauG ein. Hier eine Selbstbindungswirkung eintreten zu lassen, wäre verfehlt, da von einem planenden Ermessen nicht Gebrauch gemacht wurde. Liegen die Voraussetzungen der §§ 34, 35 BBauG vor, so ziehen sie eine Rechtsentscheidung der Behörde nach sich, bei der für die Lehre von der Selbstbindung kein Platz ist. Diese Lage entspricht der gesetzlichen Regelung der Planungshoheit und des Planungsermessens. Insoweit genügt die Selbstbindung im Falle der Genehmigung von Baugesuchen den baurechtlichen Erfordernissen.

b) Als weitere planungsrechtliche Einzelmaßnahme, bei der eine Berufung auf den Gleichheitssatz möglich und die Lehre von der Selbstbindung anwendbar erscheint, kommt die Bodenverkehrsgenehmigung nach § 19 BBauG in Betracht. Es ist in erster Linie wiederum zu prüfen,

ob es sich bei der Entscheidung über die nach § 19 BBauG erforderliche Genehmigung um eine gebundene Entscheidung oder um die Ausübung freien Ermessens handelt, denn nur im letzteren Falle ist der Gleichheitssatz überhaupt beachtlich.

aa) Nach § 20 BBauG "darf nur" die Genehmigung aus den den dort genannten Gründen versagt werden. Eine "Darf-Vorschrift" als solche deutet im allgemeinen auf eine Ermessensbestimmung hin.¹³⁹⁾ Dies trifft jedoch für § 20 BBauG nicht zu. Das BVerwG¹⁴⁰⁾ hat dargelegt, daß wegen der mit der Entscheidung verbundenen Eingrenzung der Vertragsfreiheit und des Eingriffs in das Eigentum eine Ermessensfreiheit der Verwaltung bei der Versagung der Genehmigung nicht mehr besteht. Demgemäß besteht ein Rechtsanspruch auf die Bodenverkehrsgenehmigung, wenn die Versagungsgründe des § 20 BBauG nicht vorliegen.¹⁴¹⁾ Umgekehrt steht es auch nicht im Ermessen der Behörde, ob sie die Genehmigung versagen will oder nicht, wenn Versagungsgründe vorliegen. Die Behörde handelt also rechtswidrig, wenn sie trotz Vorliegens von Versagungsgründen die Genehmigung erteilt.¹⁴²⁾ Demnach scheint bei der Erteilung der BVG nach §§ 19, 20 BBauG grundsätzlich kein Raum für die Beachtung des Gleichheitsgebotes.

bb) Es muß jedoch bei der beabsichtigten Bebauung des Grundstücks der Fall unterschieden werden, daß die Bebauung des Grundstücks nur im Wege einer Ausnahme-genehmigung oder Befreiung erfolgen kann. Im Gegensatz

139) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Anm. 10;

140) BVerwGE 10, 205;

141) BVerwGE 19, 82;

142) Bitter, DVBl 1962, 45;

zum Regelfall, daß die beabsichtigte Bebauung des Grundstücks zulässig ist, also ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung besteht und damit auch die Bodenverkehrsgenehmigung erteilt werden muß, handelt die Genehmigungsbehörde im Falle der Ausnahmegenehmigung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens.¹⁴³⁾ Ergibt die Vorprüfung im Rahmen der §§ 19, 20 BBauG, daß eine spätere Baugenehmigung "rechtmäßig" nach Ermessen erteilt werden wird, dann kann es zu einer Ermessensentscheidung kommen.¹⁴⁴⁾ Das bedeutet nach den gemachten Ausführungen zu den Fällen, in denen die Baugenehmigungsbehörde eine Ermessensentscheidung treffen kann, daß nach der Rspr. des BVerwG¹⁴⁵⁾ zu § 35 II BBauG, den es als "Muß-Vorschrift" ausgelegt hat, nur noch § 31 BBauG der Baugenehmigungsbehörde Ermessen einräumt und es sich deshalb bei der Genehmigung nach § 19 BBauG nur noch hinsichtlich der Vorprüfung nach § 31 BBauG um die Ausübung freien Ermessens handeln kann. Nur dann also stellt sich die Erteilung der BVG noch als Ermessensentscheidung dar, wenn sich die beabsichtigte Bebauung des Grundstücks lediglich aufgrund einer Ausnahmegenehmigung oder Befreiung nach § 31 BBauG vollziehen kann und diese spätere Genehmigung bereits im Rahmen der Vorprüfung der §§ 19, 20 als rechtmäßig zu erteilen gilt.

Nur über dieses "Hineintragen" des in § 31 BBauG gewährten Ermessensspielraumes in die "Vorprüfung" bei der Erteilung einer Bodenverkehrsgenehmigung gelangt man auch im Rahmen der §§ 19, 20 BBauG zu einer Ermessensentscheidung. Beschränkt auf diese Fälle kommt daher auch bei der BVG der Gedanke der Selbstbindung

143) OVG Lüneburg DVBl 1962, 63;

144) Schroedter, BBauG, § 20 Anm. 2;

145) BVerwGE 18, 247;

zum Tragen. Von dem Differenzierungsschema, das im Rahmen der Vorprüfung für die Kriterien des § 31 BBauG angewendet wurde, darf auch in gleichgelagerten, späteren Fällen nicht abgewichen werden. Diese Regelung sichert nicht nur dem Bodenverkehrsgenehmigungspflichtigen anschließend die tatsächliche Möglichkeit der Bebauung, sie gewährleistet durch den Grundsatz der Selbstbindung, daß schon im Stadium der Erteilung der BVG eine vom Gleichheitsgebot getragene willkürfreie Entscheidung über die spätere Genehmigung nach § 31 BBauG getroffen wird.

cc) Dieser Gedanke der Selbstbindung wird auch im Rahmen des § 21 I BBauG relevant. Hiernach darf innerhalb von drei Jahren nach der Erteilung der Genehmigung nach § 19, BBauG eine beantragte Baugenehmigung aus den in § 20 BBauG genannten Gründen nicht versagt werden. Der Zweck dieser auf der Rspr. des BVerwG¹⁴⁶⁾ basierenden Regelung ist, daß mit der Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung die Wirkung der baurechtlichen Handhaben auf die den Bau vorbereitenden Grundstücksgeschäfte vorverlegt wird. Erweiternd hat inzwischen das BVerwG¹⁴⁷⁾ die Bestimmung des § 21 I BBauG ausgelegt. Es hat die auf eine erteilte BVG beantragte Baugenehmigung mit einer beantragten weiteren BVG gleichgestellt und unterwirft somit der dreijährigen Bindungswirkung einer erteilten BVG auch eine weitere BVG. Zwar richtet sich der durch § 21 I BBauG begründete Anspruch nur auf die Erteilung einer Baugenehmigung, "schöpfe aber den Zusammenhang zwischen zwei

146) BVerwGE 1, 254; 10, 202; 18, 242;

147) BVerwG DVBl 1968, 802;

aufeinanderfolgenden BV-Genehmigungen nicht aus." Die nach § 21 I BBauG mit der Erteilung einer BVG eintretende Bindung sei in dem Umfange von den Einzelheiten des genehmigten Rechtsvorganges unabhängig, wie allein die Befähigung eines bestimmten Grundstückes als solcher Gegenstand der Prüfung war. Soweit andere sachliche oder persönliche Umstände nicht der Prüfung unterlagen, die Prüfung der Befähigung im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren also in einem engeren Sinne "objekt-bezogen" war, fehle es an einem einleuchtenden Grund, die mit der Genehmigungs-erteilung eintretende Bindung auf die Person des Antragstellers zu beschränken. Vielmehr scheide all das als Ablehnungsgrund bei einer weiteren BVG aus, was seinerseits "objekt-bezogen" durch die erste Genehmigung präjudiziert wurde.

Diesem Ergebnis, das den Motiven der Bestimmungen über die BVG entspricht und auch den Interessen der Beteiligten entgegenkommt, kann zugestimmt werden. Was die Entscheidung nicht beinhaltet, ist eine klare, dogmatisch saubere Begründung. Es ist zwar einleuchtend, daß in "objekt-bezogenen" Fällen all die Momente von der Nachprüfung und zugleich als Ablehnungsgrund ausscheiden, die bereits durch die erste Genehmigung "präjudiziert" wurden.¹⁴⁸⁾ Diese Einsicht ergibt sich aus dem natürlichen Zusammenhang zwischen zwei aufeinanderfolgenden Bodenverkehrsgenehmigungen. Sie übersieht jedoch, daß sich die in der Entscheidung gemachte Erkenntnis, unabhängig von den angeführten, allgemein logischen Gesichtspunkten bereits aus dem Wesen der Entscheidung über die Erteilung einer BVG ergibt.

148) BVerwG DVBl 1968, 803;

Im Regelfall ist die Entscheidung über die Erteilung einer Genehmigung nach § 19 BBauG eine gebundene Entscheidung.¹⁴⁹⁾ Wird nun die Genehmigung in einem Fall rechtmäßig erteilt und in einem darauffolgenden, gleichgelagerten Fall versagt, so bedarf man nicht des Rückgriffs auf Begriffe wie "präjudizierte Gründe" und "objekt-bezogen", um die Fehlerhaftigkeit der zweiten Entscheidung zu begründen. Vielmehr handelt es sich dann einfach um einen Fall der falschen Rechtsanwendung, etwa weil die Behörde die Tatsachen nicht richtig festgestellt oder unrichtig subsumiert hat¹⁵⁰⁾ und dementsprechend eine unrichtige Ermittlung des gesetzlich vorgezeichneten Maßes erfolgt ist.

In den Fällen, in denen bei der Entscheidung nach § 19 BBauG Ermessenserwägungen dadurch hinzukommen, daß für die spätere Bebauung eine Entscheidung nach Ermessen zu treffen ist, § 31 BBauG, und somit die grundsätzlich gebundene Entscheidung zur Ermessensentscheidung wird, ergibt sich das Erstrecken der Bindungswirkung nach § 21 I BBauG auf eine weitere BVG unmittelbar aus dem Wesen der Ermessensentscheidung. Hier greifen nämlich wieder die Selbstbindungsgrundsätze ein, die es gebieten, einen gleichgelagerten Fall in das getroffene Differenzierungsschema einzuordnen und ihn gleich zu entscheiden.

Die vom BVerwG getroffene, sachlich richtige Entscheidung ist daher als selbstverständliche Folge des Wesens der Entscheidung nach § 19 BBauG anzusehen. Als grundsätzliche Rechtsentscheidung zwingt sie das Wesen der Norm bzw. das Prinzip der Gesetzmäßigkeit die Bindungswirkung auch auf eine weitere BVG, die sich auf ein gleichartiges Vorhaben bezieht, zu erstrecken, als ausnahmsweise ermessensausübende Ent-

149) Schroedter, BBauG, § 20 Anm.2;

150) hierzu Wallerath, Selbstbindung, S. 90;

scheidung ist die Erweiterung der Bindungswirkung eine Folge des Selbstbindungsprinzips.

Neben der Beurteilung von Baugesuchen im Geltungsbereich eines verbindlichen Bebauungsplanes, § 31 BBauG, entwickelt das Institut der Selbstbindung also auch eine gewisse, wenn auch nur untergeordnete, Bedeutung bei der Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung. Da im Regelfall die BVG eine gebundene Entscheidung ist, bleibt die Selbstbindung auf die ausnahmsweise Ermessen einräumenden Fälle beschränkt.

c) Ein Blick auf das Bauordnungsrecht der Länder zeigt, daß dieses grundsätzlich zwingendes Recht ist. So ist beispielsweise eine Gleichbehandlung von Baugesuchen unter Verstoß gegen Bauwichbestimmungen unzulässig. Die Genehmigungsbehörde hat jederzeit das Recht und die Pflicht, von einer vorschriftswidrigen Übung abzuweichen. Es liegt insoweit grundsätzlich eine gebundene Verwaltung vor, bei der ein Raum für eine Ermessensbetätigung nicht besteht.

aa) Einige Vorschriften räumen jedoch den Baubehörden eine Ermessensfreiheit ein. Das ist beispielsweise in der Bayerischen Bauordnung bei allen bauaufsichtlichen Vorschriften der Fall, in denen die Kreisverwaltungsbehörden durch sog. Kann-Bestimmungen zu einem Handeln ermächtigt werden¹⁵¹⁾, wie etwa die Errichtung von Einfriedungen zu verlangen oder zu untersagen (Art. 9), besondere Anforderungen an Feuerungsanlagen (Art. 44 IV, Art. 45 V, Art. 46 XI) oder an bauliche Anlagen und Räume besonderer Art oder Nutzung (Art. 66)

151) Mang-Simon, Bay.BauO, Art. 98 Anm.19;

zu stellen, bei bestehenden baulichen Anlagen Stellplätze zu verlangen (Art. 62 V) usw. In diesen Fällen findet der Gleichheitssatz über die Lehre von der Selbstbindung ausnahmsweise im Bauordnungsrecht Anwendung mit der Folge, daß gleichliegende Sachverhalte, die eine gleichartige Behandlung erfordern, nicht willkürlich ungleich behandelt werden.¹⁵²⁾

bb) Nicht anders ist es bei den beispielsweise in Art 88 BayBauO zugelassenen Dispensen und Ausnahmen von Bauordnungsbestimmungen. Sie "können" unter den im einzelnen genannten Voraussetzungen gewährt werden. Es gelten hier die bei der Erörterung des § 31 BBauG gemachten Ausführungen, wonach die Baubehörde Ausnahmen und Befreiungen nach ihrem Ermessen zulassen kann. Ein Rechtsanspruch, darauf besteht nicht. Auch die Erfüllung der normativen Voraussetzungen läßt die Entscheidung nicht zu einer gebundenen werden.¹⁵³⁾ Eine ungleiche Ermessenshandhabung kann daher ermessensfehlerhaft sein, so etwa ein Abweichen von einer bisherigen Verwaltungsübung. Eine solche Abweichung von einer sonst beachteten behördlichen Praxis kann bei Anwendung des Selbstbindungsprinzips gegen den Gleichheitssatz verstoßen.¹⁵⁴⁾ Dennoch kommt es in der Praxis auf diesem Gebiet selten zu der Frage der Gleichbehandlung.

cc) Von größerer Bedeutung ist Art. 3 GG bei Schwarzbauten, die ohne die erforderliche Genehmigung errichtet sind, wenn die Bauaufsichtsbehörde ihren Abbruch verlangt. Hier ist das Bauordnungsrecht der Länder die

152) BayVerfGH VGH n.F. Bd.1 II, S.64 ff., 79;

153) Mang-Simon, BayBauO, Art. 88 Anm. 19;

154) BVerwG DVBl 1963, 65;

alleinige Grundlage für die Anordnung der Baubeseitigung, z.B. Art. 100 BayBauO. Die Anordnung der Beseitigung liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Bauaufsichtsbehörde, die berechtigt aber nicht verpflichtet ist.¹⁵⁵⁾ Hinter dieser Ermessensgewährung steckt neben dem baurechtlichen Interesse an der Verhinderung wilder Bauten auch ein polizeirechtlicher Gedanke, mit dessen Hilfe von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abgewehrt werden sollen, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Hier kommt also neben dem Baurecht der polizeirechtliche Grundsatz des pflichtgemäßen Ermessens der Behörde zum Zuge, so daß bereits aufgrund des polizeirechtlichen Opportunitätsprinzips ein Anspruch auf Beachtung des Gleichheitssatzes besteht.¹⁵⁶⁾ Hat man in mehreren Fällen von einer Abrißverfügung zunächst abgesehen, so erwächst hieraus ein Anspruch auf Gleichbehandlung. Die Behörde darf nicht willkürlich einen "bequemen" Fall herausgreifen, bevor sie nicht ein sachgerechtes System zur Schaffung ordnungsgemäßer Zustände aufgestellt hat.¹⁵⁷⁾ Polizeirechtliche Gesichtspunkte begründen bei Abrißverfügungen also neben baurechtlichen Erwägungen einen Anspruch des Bürgers auf Gleichbehandlung und bilden im Bauordnungsrecht der Länder einen weiteren Fall für die Anwendbarkeit der Lehre von der Selbstbindung.

155) Sarnighausen, MDR 1969,3; Mang-Simon, BayBauO, Art. 100 Anm.5;

156) Sarnighausen, MDR 1969,3;

157) OVG Lüneburg DVBl 1965,776; Hess VGH DÖV 1966,579; OVG Bremen DÖV 1966,575;

d) Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die Tendenz im Baurecht immer mehr dahin geht, ein Ermessen der Behörde einzuschränken oder ganz auszuschalten. Teils wird dieser Trend durch die Rspr. des BVerwG zu § 35 II BBauG¹⁵⁸⁾ gefördert, die die Kann-Vorschrift des § 35 II BBauG mit der in Art. 14 GG festgelegten Baufreiheit als unvereinbar ansieht, teils bestehen Bedenken allgemeiner Art gegen die Ermessensbetätigung der Verwaltung, da hierdurch rechtsfreie Räume geschaffen würden, die der Verwaltung eine "Setzung von autoritativen Maßstäben" ermöglichen.¹⁵⁹⁾ Dennoch ist der Gleichheitssatz nicht völlig aus dem Baurecht zu verdrängen. Im Rahmen der Ermessen gewährenden Bestimmungen, wie § 31 BBauG, im Zusammenhang mit der Bodenverkehrsgenehmigung und auch in den erwähnten bauordnungsrechtlichen Bestimmungen der Länder, bleibt er von nicht zu übersehender Bedeutung. Der Zweck des Instituts der Selbstbindung, nämlich die gleichzeitige Ermöglichung einer gerechten Entscheidung im Einzelfall und einer dennoch konstanten, vorausehbaren Verwaltungspraxis, wird hierdurch in diesen Fällen des Ermessens gewährleistet. Der durch die Umdeutung von Ermessensregeln in striktes Recht unvermeidliche Ausschluß des Gleichheitssatzes aus dem Baurecht beraubt die Baubehörde nicht nur der gerade auf diesem Gebiet erforderlichen Elastizität, er läßt auch die Aktualisierung des in Art. 3 GG ausgedrückten, umfassenden Verfassungsgebotes fraglich erscheinen. Sieht man von dieser Tendenz der Ermessensverdrängung, die noch gegen die herrschende Ansicht in Lehre und

158) BVerwGE 18, 247;

159) Hoppe, DVBl 1967, 301;

Rechtsprechung betrieben wird, ab, so läßt sich feststellen, daß im Bereich ihrer Anwendbarkeit die Lehre von der Selbstbindung im Baurecht zu befriedigenden Ergebnissen führt und daß sie den bei ihrer Entwicklung maßgeblichen allgemein verwaltungsrechtlichen und staatsrechtlichen Beweggründen gerecht wird.

2) Die Frage nach der Brauchbarkeit und der praktischen Verwirklichung des allgemein gehaltenen Gedankens vom Vertrauensschutz, der als weiteres wesentliches Prinzip zur Bindung der Verwaltung an ihre eigenen Akte entwickelt worden ist, soll im Anschluß untersucht werden. Die allgemeinen Voraussetzungen wurden bereits erörtert, und es kann nun Klarheit geschaffen werden, auf welchen baurechtlichen Gebieten und mit welchen Ergebnissen der Vertrauensschutzgedanke einen Niederschlag gefunden hat.

a) Auch im Baurecht liegt der Schwerpunkt des Vertrauensschutzes beim VA, der als aufhebende Maßnahme mit der Veränderung oder Beendigung eines bestehenden Verwaltungsverhältnisses die Rechtslage des einzelnen am empfindlichsten berührt. Es gilt daher zu untersuchen, welche Bindungswirkungen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes aus dem Tatbestand "Verwaltungsakt" erwachsen.

aa) Im Bereich des begünstigenden VA ist anders als beim belastenden VA das Interesse des Bürgers von vornherein darauf gerichtet, daß der VA nicht wieder aufgehoben, die mit seinem Erlaß begründete neue Rechtslage ihm nicht wieder entzogen wird. Dieses Interesse wurde von der ganz überwiegenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung mitberücksichtigt, wonach die Be-

hörde durch den Widerruf nicht in Rechte eingreifen darf.¹⁶⁰⁾ Der Bürger bedarf also zur Begründung der Unwiderruflichkeit rechtmäßiger VA'e, die ein subjektiv öffentliches Recht des Begünstigten zum Entstehen bringen, nicht des subsidiär anwendbaren Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes. Seine Rechtsstellung ist stärker, als wenn er sich zur Abwehr des Widerrufs auf den Vertrauensschutz berufen müßte. Denn hier müßte er sich gegebenenfalls entgegenhalten lassen, daß sein Vertrauen auf den Bestand des VA nicht schutzwürdig sei, weil der VA nicht zum Anlaß belastender Dispositionen geworden sei. Insofern entfaltet der Vertrauensschutz bei rechtmäßigen begünstigenden VA'en im Baurecht ebenso wie auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten keine Bedeutung.

Anderes gilt nur bei den baurechtlichen VA'en, deren Widerruf noch weitgehend der Baubehörde freisteht. Hier kommen in Betracht die Ausnahmegewilligungen und Befreiungen nach § 31 BBauG und die BVG nach § 19 BBauG, bei deren Erteilung die Vorprüfung ergibt, daß eine spätere Baugenehmigung über § 31 BBauG erteilt werden wird. Alle diese Entscheidungen enthalten die Erlaubnis zu einer generell verbotenen Tätigkeit, deren Ausübung nicht lediglich von einer vorherigen Kontrolle der Verwaltung abhängig gemacht werden soll, und können erteilt werden, wenn die Verbotsnorm einen Befreiungsvorbehalt aufstellt. Allerdings gewähren sie dem Empfänger kein Recht auf den Fortbestand und können jederzeit nach freiem, aber pflichtgemäßen Ermessen

160) BVerwGE 1,99,102; OVG Münster DÖV 1955,703;
Hess VGH VerwRespr. Bd.1 S. 436; Forsthoff, Ver-
waltungsrecht, S. 256;

widerrufen werden.¹⁶¹⁾ Neben den willkürfreien Erwägungen innerhalb der sachgerechten Ermessensausübung findet der Widerruf noch eine weitere Schranke im Vertrauensschutz des Betroffenen. Der Widerruf soll dann nicht mehr zulässig sein, wenn der Betroffene im Vertrauen auf den Bestand des VA mit der Verwirklichung des genehmigten Werkes begonnen und somit von der Ausnahmegewilligung Gebrauch gemacht hat¹⁶²⁾, sei es durch Arbeitskraft oder Geldmittel.

Beschränkt auf diese Entscheidungen, die von der Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen widerrufen werden können, gewinnt der Vertrauensschutz beim Widerruf rechtmäßiger, begünstigender VA'e im Baurecht selbständige Bedeutung. Liegen hier die Vertrauensschutzvoraussetzungen im einzelnen vor, so haben sie die Unwiderruflichkeit zur Folge.

bb) Unterschiedlich hiervon ist die Situation bei der Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA'e. Die Zulässigkeit der Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA'e wird im Grundsatz anerkannt.¹⁶³⁾ Sie leitet sich aus dem Rechtsstaatsgedanken und der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) her. Neben dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird aber auch der der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, der auch den Vertrauensschutz des einzelnen umfaßt, als wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen, und so hängt im Einzelfall die Entscheidung über die Zulässigkeit der Rücknahme davon ab,

161) Försthoff, Verwaltungsrecht, S. 258; OVG Hamburg VerwRspr. Bd.2 S. 437; Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 59;

162) BGH A8R 78, 102; Försthoff, Verwaltungsrecht, S.258

163) BVerwGE 9,251;

inwieweit das Interesse des Betroffenen am Schutz seines Vertrauens das öffentliche Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Aktes überwiegt oder nicht. Insoweit ist bei baurechtlichen VA'en ein Unterschied zu anderen Verwaltungsrechtsgebieten nicht ersichtlich. Ist das Vertrauen des Bürgers schutzwürdig, d.h. hat die Rechtswidrigkeit des VA'es ihre Ursache nicht in seinem Verantwortungsbereich, und war das Vertrauen für ihn Anlaß, sich in für ihn belastender Weise auf den Fortbestand des VA einzurichten¹⁶⁴⁾, so ist eine Rücknahme ausgeschlossen.

Eine unbedeutende baurechtliche Sonderheit besteht nur hinsichtlich des Umfangs des Vertrauensschutzes. In der Regel unterscheidet die Rechtsprechung, ob sich der VA in einer einmaligen Wirkung erschöpft, oder ob er Dauerwirkung äußert.¹⁶⁵⁾ Im ersten Fall entsteht die Frage nach dem Umfang des Vertrauensschutzes nicht, da die Rücknahme nur zulässig oder unzulässig sein kann. Hingegen erhebt sich bei VA'en mit Dauerwirkung, wie etwa versorgungsrechtlichen Festsetzungsbescheiden, die Frage, ob der Vertrauensschutz auf die in der Vergangenheit eingetretenen Wirkungen des VA beschränkt wird, oder ob er sich auch auf die in der Zukunft liegenden Wirkungen des VA erstrecken soll. Nach heute herrschender Meinung soll die Rücknahme jedenfalls insoweit nicht zulässig sein, als seine Wirkungen in der Vergangenheit liegen und er Grundlage bereits erbrachter Leistungen ist.¹⁶⁶⁾

164) Meinka, Vertrauensschutz, S. 71;

165) BVerwGE 10,309; 6,7;

166) BVerwGE 10,309; 5,312; 3,251; Haueisen, DVBl 1959,228;

Auf den ersten Blick könnte man meinen, die ange-deutete Problematik werde auf dem baurechtlichen Sektor relevant, da doch gerade hier die Maßnahmen sich nicht in einer einmaligen Wirkung erschöpfen und ihrer Be-stimmung nach auf Dauer in der Zukunft angelegt sind. Trotz dieser andauernden tatsächlichen Seite der baurechtlichen VA'e stellen sie keine VA'e mit Dauer-wirkung im Sinne der aufgezeigten Problematik dar. Hierfür wäre erforderlich, daß sich ihre Rechtswir-kungen nicht in einem einmaligen Gebot und Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöp-fen, vielmehr ein auf Dauer berechnetes öffentlich rechtliches Rechtsverhältnis zum Entstehen bringen.¹⁶⁷⁾ Eine solche Eigenschaft kommt den baurechtlichen Akten nicht zu. So erschöpft sich beispielsweise die Bau-genehmigung in ihrer einmaligen Befolgung oder Voll-ziehung¹⁶⁸⁾, so daß eine Unterscheidung von Ver-gangenheit und Zukunft nicht in Betracht kommt. Aus diesem Grunde scheidet bei der Rücknahme begünsti-gender Verwaltungsakte im Baurecht von vornherein die sonstige Frage nach dem "wie weit" des Vertrauens-schutzes aus, obwohl gerade bei baurechtlichen Maß-nahmen die tatsächliche Seite den Blick auf die Zu-kunft lenkt. Der Umfang des Vertrauensschutzes bleibt im Baurecht ohne Bedeutung, da die Rücknahme bau-rechtlicher Verwaltungsakte nur zulässig oder unzu-lässig sein kann, wobei die schutzwürdige Vertrauens-lage des Betroffenen den Ausschlag gibt.

167) Bachof, JZ 1954, 419; Hauelsen, NJW 1958, 1065;

168) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 313;

Zusammenfassend läßt sich hinsichtlich des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung begünstigender VA'e im Baurecht eine grundlegende eigene, von anderen Verwaltungsrechtsgebieten sich unterscheidende Lage nicht feststellen. Eine Besonderheit bilden nur die ausnahmsweise Anwendung des Vertrauensschutzes bei dem Widerruf baurechtlicher Ausnahmegewilligungen und Befreiungen sowie die Tatsache, daß bei der Rücknahme begünstigender baurechtlicher Verwaltungsakte eine Abstufung des Vertrauensschutzes in seiner zeitlichen Wirkung nicht möglich ist.¹⁶⁹⁾ Dadurch ändert sich aber nichts an der dem Dispositionsschutz und dem Individualinteresse dienenden Abwehrfunktion des Vertrauensschutzgedankens.

b) Eine der bei der Rücknahme begünstigender VA'e auf den ersten Blick vergleichbare Interessenlage scheint durch eine andere häufig auftretende baurechtliche Fallgestaltung geschaffen zu werden. Unternehmen die Baubehörden trotz Kenntnis von einem rechtswidrigen baulichen Zustand¹⁷⁰⁾ nichts, um diesen zu beseitigen, und besteht die rechtswidrige Anlage längere Zeit, so erhebt sich die Frage, ob der Bürger hieraus ein Recht auch auf weiteren Bestand der Anlage herleiten kann und in seinem Vertrauen auf weitere Duldung durch die Behörde geschützt wird. Eine so beschaffene Rechtsposition könnte angenommen werden, wenn die Behörde sich ebenso wie bei der Rücknahme begünstigender VA'e unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gebunden und sich ihres Rechtes begeben hätte,

169) Mainka, Vertrauensschutz, S. 66;

170) OVG Münster AS Bd.6 S. 37; PrOVG RuPrVB1 Bd.50 S.301 Nr.5;

auf Beseitigung des baurechtswidrigen Zustandes zu dringen. Voraussetzung wäre hierfür, daß die Behörde eine Vertrauenslage auch dadurch begründen kann, daß sie sich passiv verhält. Grundsätzlich erscheint ein Vertrauensschutz hier nicht ausgeschlossen, da auch ein passives Verhalten geeignet ist, beim Betroffenen die Erwartung zu erwecken, die Behörde werde auch künftig nichts gegen den rechtswidrigen Zustand unternehmen. Es muß jedoch im Einzelfall zu der bloßen Duldung die nach objektiven Maßstäben zu bewertende Absicht der Behörde, auch in Zukunft nicht einzuschreiten, hinzukommen. Allein aus dem Schweigen der Behörde läßt sich eine solche Absicht nicht herleiten. Ein als Zustimmung zu deutender Erklärungswert käme ihm nur zu, wenn man der duldenden Behörde die Pflicht auferlegen möchte, den Betroffenen darauf aufmerksam zu machen, daß sie sich ein künftiges Einschreiten offen halte. Es kann jedoch nicht Aufgabe der Baubehörde sein, den Betroffenen vor der Anstellung falscher Schlußfolgerungen zu bewahren.¹⁷¹⁾ Zudem wird hier vor allem an die Fälle gedacht, in denen die Behörde nichts unternimmt, um einen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, insbesondere bauliche Anlagen, die ohne Genehmigung im Widerspruch zu materiellen Bauvorschriften errichtet sind. Hier hat der Betroffene den rechtswidrigen Zustand selbst geschaffen, während er beim rechtswidrigen, begünstigten VA für die Rechtswidrigkeit nicht verantwortlich ist. Die Verwaltung berichtet also hier nicht ihre Fehler auf seine Kosten und eine schutzwürdige Lage des Betroffenen erscheint fraglich.

171) Mainka, Vertrauensschutz, S.73;

Trotz der Ähnlichkeit mit der Lage bei der Rücknahme begünstigender VA'e greift gerade in dieser typisch baurechtlichen Situation der Vertrauensschutzgedanke also nicht ein, da es in der Regel an der objektiven Vertrauenslage und auch an der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen fehlt. Daher lehnt es auch die Rechtsprechung¹⁷²⁾ zu Recht ab, im Hinblick auf eine längere Untätigkeit der Behörde diese zu binden und den Betroffenen ein Recht auf Fortbestehen eines rechtswidrigen Zustandes zuzubilligen.

c) Hingegen wird der Bindung der Verwaltung und dem Schutz des Vertrauens eine umfassende Funktion unter einem anderen wesentlichen baurechtlichen Blickwinkel beizumessen sein, dem Bauplanungsrecht. Da der Vertrauensschutz als ein allgemeiner Grundsatz in seiner Anwendung nicht an eine bestimmte Art des Verwaltungshandelns geknüpft ist, kann er grundsätzlich auch im Bereich der bauplanenden Maßnahmen herangezogen werden. - Die Bauleitplanung erfolgt nach § 1 I u. II BBauG durch Aufstellung vorbereitender und verbindlicher Bauleitpläne. Damit sind die Bauleitpläne die Zentralfiguren des BBauG. Ihrer lenkenden Funktion bedarf im modernen Industriestaat die öffentliche Hand für eine geordnete städtebauliche Entwicklung. Erst durch die städtebauliche Planung wird überhaupt die Möglichkeit zur vernünftigen Bodennutzung geschaffen; denn die Baufreiheit im unerschlossenen und unbeplanten Gebiet ist praktisch wertlos. Über die Konkretisierung der

172) LVG Hannover VerwRspr. Bd. 7 S. 491;
OVG Münster AS Bd. 8 S. 34; siehe auch FN 170);

Sozialgebundenheit des Eigentums gewinnt die Bauleitplanung neben der faktischen auch eine erhebliche rechtliche Bedeutung, da sie verbindlich bestimmt, ob und in welcher Weise der Eigentümer sein Grundstück nutzen darf. Diese Bedeutung nimmt stets zu, da die Raumplanung wegen der zunehmenden Bodenknappheit ständig intensiviert wird.

Dieser Tatsache steht auf Seiten des Bürgers ein erhöhtes Angewiesensein und eine gesteigerte Abhängigkeit von den hoheitlich festgelegten Plänen gegenüber. Um diesem zu Lasten des Bürgers gehenden Umstand Rechnung zu tragen, muß ein gewisser Verlaß auf hoheitliche Pläne gewährleistet werden. Das Interesse des Einzelnen ist auf den Fortbestand eines Planes gerichtet, im Vertrauen auf dessen Beständigkeit er disponiert hat. Hat der Bürger sich in dem durch den Plan als erwünscht bezeichneten Sinne tatsächlich verhalten und etwa mit der Errichtung einer baulichen Anlage begonnen, so erscheint es nicht als selbstverständlich, daß der Staat durch eine Änderung des Planes sich ohne weiteres wieder aus seinem "Komplementärbereich"¹⁷³⁾ zurückziehen darf. Solche Fälle, in denen man darauf angewiesen ist, auf Bodenpläne vertrauen zu können, sind nicht selten. Bei vielen Bauwerken, wie Krankenhäuser, Sanatorien, technische Anlagen, ist die Ortswahl entscheidend davon abhängig, wie die Umgebung im Bebauungsplan ausgezeichnet worden ist. Die Nähe von Hauptverkehrsstraßen, Staubverursachender Industrie oder Grünflächen können entscheidende Gesichtspunkt bei der Errichtung baulicher Anlagen sein.

173) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 617;

aa) Wiederum also gilt es, den im Vertrauen auf hoheitliche Maßnahmen disponierenden Bürger zu schützen und diesen Schutz mit den Interessen der Öffentlichkeit in Einklang zu bringen. Grundvoraussetzungen für den Schutz des Vertrauens in die Beständigkeit der Pläne sind auch hier die allgemeinen Vertrauensschutzvoraussetzungen. In erster Linie muß durch das Vorgehen der Behörde eine Vertrauenslage geschaffen worden sein. Durch diese Vertrauenslage muß der Bürger zu Dispositionen veranlaßt worden sein, da der Vertrauensschutz kein Selbstzweck, sondern Dispositionsschutz ist. Warum Redeker¹⁷⁴⁾ in diesen Fällen von dem anerkannten Erfordernis der Dispositionen des vertrauenden Bürgers abweichen will, ist nicht ersichtlich. Vielmehr setzt der Vertrauensschutz voraus, daß der Bürger durch die Vertrauenslage, zu tatsächlichen oder rechtlichen Maßnahmen veranlaßt worden ist, sich in irgend einer Weise gebunden hat. Auf diese Maßnahme hin muß die Behörde den Plan geändert oder freigegeben und dadurch beim Bürger einen Vermögensschaden hervorgerufen haben. Sind diese vier grundlegenden Voraussetzungen erfüllt, so müßte nach den dargestellten Grundgedanken zum Vertrauensschutz eine Bindung der Behörden eintreten und eine Änderung des Planes ausschließen. Der Bürger hat dann einen Anspruch auf Plangewährleistung. Dieses Ergebnis wird von allen in der Literatur auftretenden Stellungnahmen gebilligt¹⁷⁵⁾, auch wenn die juristische Konstruktion dieser Billigkeitserwägung unterschiedlich

174) Redeker, DVBl 1968, 8 Anm.13;

175) Ipsen, Planung I, S. 35, 63; s. Simson, Planung I, S. 405 ff.; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 616; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 269; Kriele, DÖV 1967, 531; Redeker, DVBl 1968, 8;

erfolgt, und wurde vereinzelt, wenn auch zurückhaltend, von der Rspr.¹⁷⁶⁾ behandelt. Einen allgemeinen bundesrechtlichen Anspruch auf Plangewährleistung hat diese jedoch bislang - ohne nähere Begründung - ausdrücklich abgelehnt. Ein solcher Anspruch könne sich nur jeweils aus dem Inhalt des konkreten Plans ergeben.¹⁷⁷⁾

bb) So billig auch im Einzelfall die Zuerkennung eines Plangewährleistungsanspruchs erscheinen mag, so beinhaltet sie doch eine gewisse Gefahr. Der Plan muß notwendigerweise flexibel sein. Die ihm "zugrunde liegenden Prognosen müssen mit Hypothesen arbeiten"¹⁷⁸⁾ und enthalten deshalb Unsicherheitsmomente, die eine andere Entwicklung und damit im Interesse der Allgemeinheit eine nachträgliche Änderung des Planes bedingen können. Diese notwendige Beweglichkeit kann durch die Anerkennung eines PLA blockiert oder zumindest erheblich erschwert und die Möglichkeit der Plankorrektur ausgeschlossen werden. Auch abgesehen von dieser Notwendigkeit kann den Planungsbehörden ihr Recht auf Änderung der Pläne nicht gänzlich abgesprochen werden, da Pläne nicht wie Urteile in Rechtskraft oder VA'e in Bestandskraft erwachsen und sie somit einer abändernden Entscheidung gegenüber offen bleiben müssen.

Das bedeutet, daß die Anerkennung eines PLA strikt auf Ausnahmefälle grober Unbilligkeit beschränkt werden muß. So kann es einen Anspruch auf Fortbestand eines Planes

176) BGH DÖV 1966,729; BGHZ 45,87 f.;

177) BVerwG DVBl 1970,61;

178) Redeker, DVBl 1968,8;

nur geben, wenn nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Planänderung besteht.¹⁷⁹⁾ Für die Erforderlichkeit des Überwiegens der öffentlichen Interessen als Voraussetzung für die Zulässigkeit der vertrauensenttäuschenden Planänderung findet sich gerade im Baurecht ein ausdrücklicher Hinweis im Abwägegebot des § 1 II S.2 BBauG. Danach sind bei der Bauleitplanung die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Es ist anerkannt, daß sich das Wort "dabei" in dieser Vorschrift nicht auf den vorangehenden Satz, sondern auf die Bauleitplanung überhaupt bezieht.¹⁸⁰⁾ Dies bedeutet, daß ein genereller Vorrang der öffentlichen Interessen nicht gesetzlich festgelegt ist, sondern je nach den Umständen und Verhältnissen z.B. abgewogen werden muß, ob die Inanspruchnahme von Flächen für den Gemeinbedarf erforderlich ist. Diese Rechtspflicht der planenden Behörden, die privaten Interessen zu berücksichtigen, erstreckt sich auch auf das Vertrauen des Bürgers auf den Planfortbestand. Die Ausdehnung auf das Vertrauen des Bürgers ergibt sich schon aus dem Wortlauf des Gesetzes, der nicht nur die Berücksichtigung privater "Rechte", sondern auch des weiteren Begriffes der privaten "Belange" vorschreibt. Der Pflicht der Gemeinde zur Berücksichtigung des Planvertrauens entspricht sogar ein Recht des Bürgers, weil § 1 IV S.2 BBauG eben nicht nur den allgemeinen öffentlichen Interessen dienen soll, sondern gerade auch den privaten Belangen.

Das Bauplanungsrecht, als das rechtlich am gründlichsten durchgeformte Plangebiet, das einen Kristallisations-

179) Kriele, DÖV 1967, 533;

180) Hoppe, DVBl 1964, 165; Kriele, DÖV 1967, 534;

punkt im Rahmen der Entwicklung des PGA darstellt, enthält somit, dieser Situation entsprechend, in Art.1 IV S.2 BBauG ein ausdrückliches Gebot an die Planungsbehörden, bei einer Planänderung das Vertrauen des Bürgers zu berücksichtigen. Die regelmäßig allgemein gehaltene Billigkeitserwägung hat demnach im Baurecht einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden, der der Bedeutung des Planes auf diesem Rechtsgebiet entspricht. Der im Abwägungsgebot des BBauG zu sehende ausnahmsweise Anspruch auf Planfortbestand, wenn die Planänderung durch keine Überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt wird, bildet einen praktikablen Ansatz, entschädigungslose, das Vertrauen der Betroffenen verletzende Planänderungen auf dem Gebiet des Baurechts zu unterbinden. Sollte dieser Gedanke judiziell voll verwirklicht werden, so würde eine für den einzelnen häufig wirtschaftlich unerträgliche Lage beseitigt, ohne den erforderlichen Ausgleich zwischen Kontinuität und Flexibilität der baurechtlichen Planung zu zerstören und die öffentlichen Interessen zu übergehen.

d) Als weitere wesentliche baurechtliche Vorschrift, die das Vertrauen des Antragstellers berücksichtigt und eine wichtige Schutzfunktion erfüllt, ist § 21 I BBauG zu nennen.

aa) Die Bestimmung bezweckt, die Wirkung der baurechtlichen Handhaben auf die den Bau vorbereitenden Grundstücksgeschäfts vorzuverlegen. Der Käufer soll davor bewahrt werden, daß er ein Grundstück erwirbt, das er später nicht bebauen darf. Dem wird dadurch Rechnung getragen, daß die Baugenehmigungsbehörde an die BVG

gebunden ist. Sie darf die Baugenehmigung aus den Gründen, die im Verfahren nach § 20 BBauG geprüft worden sind, innerhalb des Zeitraums von drei Jahren nicht versagen. Dadurch wird der auf den Schutz des Grundstückskäufers zielende Zweck gewährleistet, daß die Bebauung der erworbenen Parzellen später auch gestattet wird. Im Vordergrund stand bei Abfassung der Regelung des § 21 I BBauG auch hier der Schutz des Bürgers vor hoheitlichen Eingriffen, durch die die Verwaltung sich zu ihrem bisherigen Verhalten in Widerspruch setzen würde. Ausschlaggebend ist für den bauplanungswilligen Käufer die Erteilung der BVG durch die Baubehörden. Hierin sieht er eine hoheitliche Sanktion, die ihm gleichsam zusichert, daß er sein Grundstück auch zu dem Zweck verwerten darf, für den er es seiner ausdrücklichen Erklärung nach erworben hat. Die Folge der Schaffung einer solchen Vertrauenslage ist die Bindung der die BVG erteilenden Behörde, wie sie in § 21 I BBauG zum Ausdruck gekommen ist. Der Bauherr kann dementsprechend darauf vertrauen, daß er seine Grundstücksinvestitionen auf dem Wege der Bebauung auch ausnutzen kann.¹⁸¹⁾

bb) Zweifelhaft ist, ob die Bindungswirkung des § 21 I BBauG auch der nach § 19 IV BBauG wegen Zeitablaufs fingierten Genehmigung zukommt. Dies wird verneint¹⁸²⁾ unter Hinweis auf den Wortlaut des § 21 BBauG. Hiernach muß die Genehmigung "erteilt" worden sein. Es hätte zum Ausdruck kommen müssen, wenn diese Regelung auch für die fiktive Genehmigung gelten sollte. Da eine solche ausdrückliche Erwähnung nicht erfolgt ist, soll in § 21 I BBauG die fingierte Genehmigung

181) Begründung des ersten Entwurfs eines BBauG, 3. Wahlperiode, S. 336;

182) Bitter, DVBl 1962, 44; Kohlhammer-Kommentar, BBauG, § 21 II 2a bb; Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, S. 256;

des § 19 IV BBauG nicht gemeint sein. Diese Auslegung ist nicht zwingend. Es entspricht gerade dem Wesen der Fiktion, auf Rechtsfolgen zu verweisen, die allein als Rechtsfolgen eines anderen Tatbestandes normiert worden sind.¹⁸³⁾ Eine Gleichstellung der fiktiven Genehmigung mit der erteilten Genehmigung scheidet auch nicht deshalb aus, weil die erteilte Genehmigung ein VA ist, während es sich bei der fiktiven Genehmigung um einen Sachverhalt, nämlich um den Ablauf einer Frist handelt.¹⁸⁴⁾ Diese Unterscheidung verkennt, daß hier einem bestimmten Verhalten einer Behörde, nämlich deren Verstreichenlassen der Bearbeitungsfrist von zwei Monaten, vom Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge zugeordnet wird. Die Behörde bewirkt daher die Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Hierbei setzt das Gesetz zulässigerweise das passive Verhältnis der Behörde einer aktiven Tätigkeit gleich. Die Folge ist die Fiktion eines VA.¹⁸⁵⁾ Da das Verwaltungsrecht keine allgemeinen Regeln über die Form eines VA kennt, bestehen gegen eine Fiktion eines VA keine Bedenken, zumal die Möglichkeit stillschweigender VA'e anerkannt ist.¹⁸⁶⁾ Demnach spricht das Wesen der fingierten Genehmigung nicht gegen die Gleichstellung mit der erteilten Genehmigung.

Der Versuch, der fiktiven BVG eine Bindungswirkung abzusprechen, wird auch auf eine teleologische Auslegung des Gesetzes gestützt.¹⁸⁷⁾ Bei der Frage nach dem Sinn

183) OVG Münster NJW 1968, 170, das im übrigen ebenfalls die Bindungswirkung verneint.

184) so OVG Münster DVBl 1962, 170;

185) Schmaltz, NJW 1968, 1078; Menger-Erichsen, VerwArch.Bd.59 S. 281;

186) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 211;

187) OVG Münster NJW 1968, 171;

und Zweck der BVG wird die Sicherungsfunktion für die geordnete städtebauliche Entwicklung der Schutzfunktion für den Grundstückserwerber gegenübergestellt. Beide Funktionen der BVG werden als gleichrangig nebeneinander stehend betrachtet. Entscheidend für die Zuerkennung einer Bindungswirkung ist dann, welcher Funktion im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Gesetzes das größere Gewicht zuzumessen ist. Werden die beiden Güter gegeneinander abgewogen, so hat die Schutzfunktion hinter der Sicherungsfunktion zurückzutreten, weil schweren, für die geordnete städtebauliche Entwicklung nachteiligen Folgen einer mit einer Bindungswirkung ausgestatteten fiktiven Genehmigung erheblich geringere schützenswerte Belange des Bauherrn gegenüberstehen, die dieser mühelos auf privatrechtlichem Wege schützen kann.

Diese Erwägungen gehen insofern ins Leere, als sie mit der Gleichrangigkeit von Schutz- und Sicherungsfunktion bereits von einem falschen Ausgangspunkt ausgehen.¹⁸⁸⁾

Diese Gleichrangigkeit besteht nämlich nach Ablauf der Zweimonatsfrist nicht mehr. Die gesetzliche Regelung sieht eindeutig vor, daß nach Ablauf der zwei Monate der Schutzfunktion auf Kosten der Sicherungsfunktion Rechnung getragen werden muß. Diese Auslegung entspricht den Motiven des Gesetzgebers, der neben der Verfahrensbeschleunigung in erster Linie den Schutz des Bürgers im Auge hatte, der eben nur dadurch gewährleistet werden konnte, daß nach Ablauf der zwei Monate der Schutzfunktion der Vorrang gegeben wurde.

188) Menger-Erichsen, VerwArch.Bd.59 S. 283;

Ein schwerwiegenderer, gegen die Bindungswirkung angeführter Gedanke¹⁸⁹⁾ liegt im Wesen des Vertrauensschutzgrundsatzes. Regelmäßig läßt sich ein Vertrauensschutz dort nicht rechtfertigen, wo die Behörde innerhalb eines bestimmten Zeitraumes über einen Antrag nicht entschieden hat. Das Vertrauen des Bürgers ist nur insoweit schutzwürdig, als die Behörde sich zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch setzt. Allein die Tatsache, daß die Genehmigungsbehörde die Zweimonatsfrist verstreichen läßt, kann grundsätzlich von dem Bürger nicht als eine Erklärung verstanden werden, daß das Bauvorhaben zulässig ist.

Von dieser Regel macht § 19 IV i.V. mit § 21 I BBauG für die fingierte BVG eine Ausnahme. Mit dem § 19 IV i.V. mit § 21 I BBauG wurde der Schutz des Bürgers über den Vertrauensschutz hinaus, wie ihn die Rspr.¹⁹⁰⁾ entwickelt hatte, verstärkt. Hierbei wich der Gesetzgeber von den Grundsätzen ab, die die Rspr. zum Vertrauensschutz entwickelt hatte. Eine solche Gleichbehandlung der fingierten mit der erteilten Genehmigung auch im Hinblick auf den dem Bürger zu gewährenden Vertrauensschutz war unter Berücksichtigung der allgemeinen Gleichstellung nach § 19 IV BBauG erforderlich. Der dabei erfolgte Verzicht auf eine allgemeine Voraussetzung des Vertrauensschutzes ist als Zugeständnis an die zum Schutze des einzelnen getroffenen Regelung des § 19 IV BBauG anzusehen.

189) OVG Münster NJW 1968,173;

190) BVerwGE 1,254; 6,198; 10,202;

Ferner wird gegen die Bindungswirkung geltend gemacht¹⁹¹⁾, daß die Genehmigung nur im Einvernehmen mit den Gemeinden erteilt werden darf, da den Gemeinden die Planungshoheit übertragen ist. Wollte man der fingierten BVG Bindungswirkung zuerkennen, so hätte es die Baugenehmigungsbehörde in der Hand, die Genehmigung fiktiv zu erteilen und sich auf diese Weise über das Einvernehmen der Gemeinde hinwegzusetzen. Eine derartige Einschränkung der Planungshoheit der Gemeinde wurde zweifellos vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt und könnte das Selbstverwaltungsrecht in seinem Kern beeinträchtigen.

Es darf hierbei nicht übersehen werden, daß auch die eine Bindungswirkung ablehnende Auslegung mit dem Willen des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen wäre, da unter solchen Umständen die Genehmigungsbehörde die Möglichkeit hätte, durch Untätigkeit die dem Schutz des Bürgers dienende Funktion der Vorschrift zu beseitigen.

Eine eventuell verfassungswidrige Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts durch das Übergehen der Gemeinde durch die Genehmigungsbehörde kann von vorneherein dadurch ausgeräumt werden, daß der Gemeinde ein Anfechtungsrecht gegen die ohne ihr Einvernehmen erteilte Genehmigung zugesprochen wird.¹⁹²⁾ Verfassungsrechtliche Bedenken scheiden aus diesem Grunde aus.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß der Versuch fehlschlägt, die auch unter dem Gesichtspunkt des

191) Bitter, DVBl 1962, 44;

192) BVerfG DVBl 1966, 177;

Vertrauensschutzes erfolgte Gleichstellung zwischen fingierter und erteilter BVG "hinwegzuinterpretieren".¹⁹³⁾ Mag die Zweimonatsfrist bei umfangreichen, abschließenden Ermittlungen sehr kurz sein, so besteht auch kein praktisches Bedürfnis die Bindungswirkung abzulehnen. Die Entscheidung kann nämlich mit der Zustimmung des Antragstellers zurückgestellt werden oder ohne dessen Einverständnis nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens getroffen werden.¹⁹⁴⁾ Eine solche Entscheidung ohne abschließende Ermittlungen kann nicht als "Verlegenheitsbescheid" bezeichnet werden, der nur zur Fristwahrung ergangen sei.¹⁹⁵⁾

Diese praktischen Überlegungen machen deutlich, daß auch bei Befahrung der Bindungswirkung der fiktiven Genehmigung den planerischen Belangen Rechnung getragen werden kann. Darüber hinaus werden die Interessen des Bürgers gewahrt und sein Vertrauen in die Verbindlichkeit und Unabänderlichkeit behördlicher Maßnahmen geschützt. § 21 I BBauG ist ein gesetzlicher Niederschlag des Vertrauensschutzprinzips mit der Folge, daß die Genehmigungsbehörde sich an der Feststellung, ein zum Zweck der Bebauung erworbenes Grundstück sei nun der städtebaulichen Entwicklung vereinbar, festhalten muß, daß sie an die aus der Sicht des Bürgers rein tatsächlich die Baugenehmigung enthaltende Bescheinigung gebunden ist. Eine solche Bindung soll auch im Falle der fiktiv erteilten Genehmigung eintreten.

193) BVerwG NJW 1964, 1976; Schütz-Frohberg, BBauG, § 21 Anm.1; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 19 Rdnr.87; Heltzer-Oesterreicher, BBauG, § 19 Anm.7 F a; Meyer-Stich Tittel, BBauG, § 21 Rdnr.1 und § 19; Menger-Erichsen, VerwArch.Bd.59, S.281; BVerwGE 31, 274;

194) Schmaltz, NJW 1968, 1078;

195) VGH München BayVBl 1964, 93;

Diese durch die Gleichstellung der fiktiven Genehmigung mit der erteilten Genehmigung erfolgte gesetzliche Regelung bringt einen verstärkten Schutz des Vertrauens zum Ausdruck, da auf die ansonsten erforderliche Vertrauensschutz-Voraussetzung, das Tätigwerden der Behörde, verzichtet wird. Im Falle des § 19 IV BBauG genügt allein die Tatsache, daß die Behörde die Zweimonatsfrist untätig verstreichen hat lassen, um die Schutzfunktion des § 21 I BBauG eingreifen zu lassen.

cc) Die in diesem Zusammenhang aufgezeigte starke Bildung des Vertrauensschutzgedankens im Baurecht hat über die gesetzliche Regelung hinaus eine noch weitergehende Ausdehnung durch die Rspr. gefunden. Das BVerwG¹⁹⁶⁾ hat dem Wortlaut des § 21 I BBauG entnommen, daß die Bindungswirkung der BVG nicht von der Rechtmäßigkeit, sondern allein von der Wirksamkeit ihrer Erteilung abhängig sei. Die Entscheidung paßt sich der neuen Rechtslage seit Inkrafttreten des BBauG an und läßt keinen Rückgriff auf allgemeine Grundsätze mehr zu. Ausschlaggebend sei der Umstand, daß der Eintritt der Bindung allein von der Genehmigungserteilung abhängt und nicht davon, ob die Genehmigung unter Beachtung der §§ 20, 30 ff. BBauG erteilt worden sei.¹⁹⁷⁾ Diese Auslegung entspricht dem eigentlichen Sinn der gesetzlichen Regelung; denn wenn einerseits bei unveränderter Rechtslage der Anspruch auf die Baugenehmigung gegeben ist, andererseits bei

196) BVerwG DVBl 1968,802;

197) so auch Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 21 Rdnr.2;
Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 21 Rdnr.16;
Schroedter, BBauG, § 21 Rdnr.2;

deren Änderung die Bindung entfällt, kann die Schutzfunktion nur dann von Bedeutung sein, wenn die BVG rechtswidrig erteilt worden ist, weil die Genehmigungsbehörde rechtsirrtümlich die Versagung ausgesprochen hat. Auf diese Weise wird dem Schutzzweck des Bodenverkehrsgenehmigungsverfahrens verstärkt Rechnung getragen.

dd) In einem weiteren Urteil hat das BVerwG¹⁹⁸⁾ entschieden, daß die Bindungswirkung auch dann eintritt, wenn die Behörde ohne die nach § 19 IV S.3 vorgesehene Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde die BVG erteilt hat. Gestützt wird diese Entscheidung zwar nicht auf den Gedanken des Vertrauensschutzes, sondern darauf, daß das Zustimmungserfordernis keine Zuständigkeitsteilung begründet, sondern sich lediglich als Verwaltungsinternum darstelle, dessen Nichtbeachtung keine Nichtigkeit der Genehmigung herbeiführe, sondern nur deren Rechtswidrigkeit. Auf die Rechtswidrigkeit der Genehmigung komme^{es} aber für die Bindungswirkung nicht an. Über diesen Gedanken erfolgt also mittelbar doch ein Rückgriff auf die Schutzfunktion der Bestimmungen, die damit auch in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommt.

Rein tatsächlich bedeuten diese Entscheidungen eine weitere Untermauerung des Vertrauensschutzes im Zusammenhang mit der BVG. Gerade im Rahmen der Anwendung dieser dem Schutz des Bürgers dienenden Normen sollen im Verantwortungsbereich der Behörde liegende Fehler nicht zu Lasten des Einzelnen gehen. Er soll sich hinsichtlich der dreijährigen Baulandqualität seines Grundstückes auf das in die Erteilung der BVG gesetzte Vertrauen berufen können.

198) BVerwG DVBl 1968, 806;

ee) Die Begründung eines Vertrauensschutzes in Verbindung mit der Erteilung der BVG scheint auch in einem anderen Fall noch zu erwägen sein. Es taucht bei Vorhaben im Außenbereich die Frage auf, ob die BVG eine, die Baugenehmigungsbehörde bindende Entscheidung über die Erschließung umfaßt. Hierbei ist zweifelhaft, ob der Begriff "geordnete städtebauliche Entwicklung" in § 20 I BBauG die gesicherte Erschließung für die Vorhaben des § 35 BBauG umfaßt, also - im Gegensatz zu den Vorhaben im Innenbereich - fehlende Erschließung bereits zur Versagung der BVG führen kann. Einhellig wird in Schrifttum und Rspr. die Ansicht vertreten, daß für die Erteilung der BVG die Sicherung der Erschließung belanglos ist und sich die Bindung aus § 21 I BBauG nicht auf die Frage der Erschließung erstreckt.¹⁹⁹⁾ Die Meinung geht von dem Umfang der Bindungswirkung nach § 21 I BBauG aus, der sich mit den in § 20 I BBauG bezeichneten Versagungsgründen deckt. Sie folgert aus einem Vergleich der Versagungsgründe mit den ihnen entsprechenden Vorschriften über die Zulässigkeit von Vorhaben (§§ 29 ff. BBauG), daß zumindest bei Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplanes (§ 20 BBauG) und innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BBauG) die Sicherung der Erschließung kein Prüfungsgegenstand im BVG-Verfahren ist. Dieser Schluß läßt sich anstellen, da in den §§ 30 und 34 BBauG die Sicherung der Erschließung ausdrücklich gefordert wird.

199) BVerwG DVBl 1969,259; Zinkahn-Bielenberg, § 20 Rdnr.36; Kohlhammer Kommentar, BBauG, § 20 Anm.1 d; Schroedter, BBauG, § 20 Rdnr.3; Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, S. 285; OVG Lüneburg BBauBl 1967, 121;

Das gleiche gilt für § 35 I BBauG. Aus dieser gesonderten Anführung des Erfordernisses der Erschließung könnte man folgern, daß eine Ausdehnung der Versagungsgründe und zugleich der Bindungswirkung wenn, dann überhaupt nur im Rahmen des § 35 II BBauG in Betracht kommen könnte. Obwohl im § 35 II BBauG eine Bezugnahme auf die Erschließung fehlt, so sind ebenso wie die privilegierten Vorhaben auch die nicht-privilegierten nur dann zulässig, wenn eine ausreichende Erschließung gesichert ist.²⁰⁰⁾ Und trotz dieser Notwendigkeit der gesicherten Erschließung bei der Prüfung des § 35 II BBauG, kann sie bei der ~~Vorprüfung~~ im Rahmen des Bodenverkehrsgenehmigungsverfahrens nicht berücksichtigt werden. Eine derartige Sonderregelung bei § 35 II BBauG wäre durch das Gesetz nicht gerechtfertigt, das in keinem der in § 20 BBauG geregelten Fälle die Erteilung der Genehmigung von dem Vorhandensein oder von der Sicherung der Erschließung abhängig macht. Zudem würde die Einbeziehung der Erschließungsfrage in das Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren im Hinblick auf die dreißigjährige Dauer der Bindungswirkung "von den Beteiligten eine Voraussicht fordern, die in den meisten Fällen kaum möglich ist."²⁰¹⁾ Auch würde die sachgerechte Beurteilung der Erschließungsfrage voraussetzen, daß bereits im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren die in Aussicht genommene Bebauung in ihren insoweit wesentlichen Einzelheiten bezeichnet würde."²⁰²⁾

Die dargestellte Meinung führt zu einem richtigen Ergebnis, das einleuchtend begründet ist und vor allem dem Willen des Gesetzes entspricht. Es ist kein "gesetz-

200) BVerwG DÖV 1968,881; OVG Lüneburg BBauBl 1967,122;

201) BVerwG DVBl 1969,261;

202) BVerwG DVBl 1969,261;

geberisches Versehen"²⁰³⁾, daß die Sicherung der Erschließung in § 20 BBauG nicht berücksichtigt worden ist, vielmehr soll im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren noch nicht über einen konkreten Bauantrag entschieden werden, sondern nur über die generelle Bebaubarkeit eines Grundstücks nach planungsrechtlichen Gesichtspunkten. Das Erfordernis der gesicherten Erschließung ist somit nicht Gegenstand der Prüfung im Verfahren nach den §§ 19 ff. BBauG und insoweit tritt auch keine Bindung der Baugenehmigungsbehörde nach § 21 BBauG ein.

Diese an sich richtige Entscheidung wird der in diesem Zusammenhang erörterten Frage der Erschließung aber nicht ganz gerecht. Mit der in ihr enthaltenen Feststellung ist nämlich nicht gesagt, daß die Erschließungsfrage völlig unberücksichtigt bleiben darf, wenn die Bebaubarkeit eines Grundstücks an dem in § 20 I BBauG enthaltenen Tatbestandsmerkmal gemessen wird. Zu Recht machen Zinkahn-Bielenberg²⁰⁴⁾ und Obermayer²⁰⁵⁾ darauf aufmerksam, daß in der dargestellten Auffassung übersehen wird, daß ein Grundstück nur dann bebaubar ist, wenn die Möglichkeit seiner Erschließung festgestellt ist. Dabei ist die Möglichkeit der Erschließung zu unterscheiden von der Prüfung der gesicherten Erschließung, die erst im Genehmigungsverfahren nach § 35 II BBauG anzustellen ist. Die Pflicht zur Überprüfung der Erschließungsmöglichkeit im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren ergibt sich aus dem Sinn dieses Verfahrens. Die Erteilung der Genehmigung besagt, daß die Bebauung des Grundstücks, auf das sich der genehmigungsbedürftige Vorgang bezieht, planungsrechtlich zulässig

203) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 20, Rdnr. 36;

204) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 20, Rdnr. 37;

205) Obermayer, DVBl 1969, 237;

ist. Gleichzeitig stellt diese planungsrechtliche Beurteilung fest, daß das Grundstück überhaupt bebaubar ist. Eine solche Feststellung kann aber nur getroffen werden, wenn darin auch die Möglichkeit der Erschließung zum Ausdruck gekommen ist; denn ohne diese Möglichkeit kann die BVG nicht erteilt werden. Allein um den folgerichtigen inneren Zusammenhang zwischen dem BVG- und dem darauffolgenden Baugenehmigungsverfahren zu wahren, ist daher zwingend im ersteren die Erschließungsmöglichkeit zu überprüfen.

Daneben entspricht nur ein solches Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Vereinbarkeit mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung der Schutzfunktion, die dem BVG-Verfahren im Interesse des Grundstückserwerbers zukommt.²⁰⁶⁾ Würde man von der Prüfung der Erschließungsmöglichkeit im Rahmen der Entscheidung nach §§ 19 ff. BBauG absehen, so wäre der eigentliche Zweck dieser Bestimmungen nicht mehr gewährleistet. Es soll doch dem Grundstückserwerber die Garantie gegeben werden, daß er sein Grundstück dem Kaufzwecke entsprechend verwerten darf.²⁰⁷⁾ Eine solche Zusicherung kann die Behörde jedoch nur dann abgeben, wenn die Möglichkeit der Erschließung gewürdigt worden ist.²⁰⁸⁾ Es wäre ein grober Verstoß gegen das vom Antragsteller der Genehmigungsbehörde entgegengebrachte Vertrauen, würde ihm nach einem aufwendigen Grundstückserwerb im späteren Baugenehmigungsverfahren entgegengehalten, daß die Erteilung der Baugenehmigung nicht in Betracht kommt, weil die Erschließung gar nicht möglich ist.

206) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 19 Rdnr. 7 und § 20 Rdnr. 5;

207) OVG Lüneburg BBauBl 1967, 121;

208) ähnlich auch Meyer-Stich-Tittel, BBauG, § 20 Rdnr. 3;

Gegen die Pflicht zur Prüfung der Erschließungsmöglichkeit sprechen auch nicht die Gründe, die zur Ablehnung der Prüfung einer gesicherten Erschließung herangezogen worden sind. Eine genaue Voraussicht und Begründung der wesentlichen Einzelheiten der zukünftigen Bebauung ist bei einer sich auf die Möglichkeit der Erschließung beschränkenden Prüfung nicht erforderlich. Diese Auslegung ist vor allem nicht nur mit dem Gesetz vereinbar, sie ist die einzige, die dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über die BVG entspricht. Sie führt dazu, daß bei der Entscheidung nach § 20 I BBauG zu prüfen ist, ob die Bebauung mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung vereinbar ist. Dabei ist auch über die Möglichkeit der Erschließung zu entscheiden. Im Rahmen des § 35 II BBauG ist die Nichtbeeinträchtigung öffentlicher Belange und die gesicherte Erschließung festzustellen. Da sich die Feststellung der Vereinbarkeit mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung und die Nichtbeeinträchtigung öffentlicher Belange decken²⁰⁹⁾, unterscheidet sich die Prüfung nur insoweit, als sie bei § 35 II BBauG hinsichtlich der Erschließung über § 20 I BBauG hinausgeht. Eine Bindung an die vorausgegangene BVG tritt nur bezüglich der festgestellten Erschließungsmöglichkeit ein. Einer neuen Beurteilung unterliegt lediglich die Frage, ob die mögliche Erschließung auch hinreichend gesichert ist. Folge dieser beschränkten Bindungswirkung ist, daß der Antragsteller die auf die fehlende Erschließungssicherung gestützte Versagung der Baugenehmigung nur dann

209) BVerwGE 18, 242;

hinzunehmen braucht, wenn von der Genehmigungsbehörde nachgewiesen wird, daß die festgestellte Erschließungsmöglichkeit infolge unüberwindbarer Schwierigkeiten nicht mehr oder noch nicht zu verwirklichen ist. Wird dieser Nachweis nicht erbracht und liegen die anderen Voraussetzungen der Genehmigungserteilung vor, so hat der Antragsteller im Hinblick auf die Bindungswirkung der BVG einen verwaltungsgerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.²¹⁰⁾

Bei der Erörterung der Frage der BVG ergibt sich demnach auch im Zusammenhang mit der Erschließung aufgrund der Schutzfunktion dieses Verfahrens eine weitere relevante Erscheinung des Vertrauensschutzes. Rechtsdogmatische Bedenken gegen die dargestellte Lösung bestehen nicht, und es sprechen auch keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen die Gewährung des Vertrauensschutzes.

e) Neben dieser weitgehenden Bedeutung, die dem Vertrauensschutz im Bereich der Bestimmungen über die BVG zukommt, bleibt als nächster Anwendungsfall des Vertrauensschutzes im Baurecht nunmehr zu prüfen, welche Rolle in diesem Zusammenhang der Flächennutzungsplan spielt. § 8 II S.1 BBauG bestimmt, daß Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sind. Sinn und Zweck dieser Bindung für die Bebauungspläne ist einmal, daß die raumbezogene Planung für das gesamte Gemeindegebiet in den Grundzügen für die weitere Vollzugsstufe der Planung erhalten bleiben muß. Bei der Entwicklung des Bebauungsplans ist der Gemeinde ein begrenzter Spielraum gegeben, insoweit, als durch die Freiheit der Gestaltung die Grundkonzeption des

210) Obermayer, DVBl 1969, 241;

Flächennutzungsplanes nicht angetastet wird. Bewegt sich die Gemeinde innerhalb dieser Grenzen, einerseits Erhaltung der Planungsgrundzüge, andererseits Freiheit der Gestaltung, so wird eine dem § 8 II S.1 BBauG entsprechende, gleichzeitig den praktischen Erfordernissen angepaßte städtebauliche Planung gewährleistet. Allein unter diesem planerischen Gesichtspunkt ist die Bindung an den Flächennutzungsplan jedoch nicht zu erfassen. Sie dient darüber hinaus unmittelbar einem Interesse des Bürgers, dem Schutz seines Vertrauens in planungsrechtliche Maßnahmen der Gemeinde. Die Gemeinde soll ihre vorbereitende Planung nicht einfach durch einen Bebauungsplan über den Haufen werfen dürfen²¹¹⁾, ohne das geordnete Verfahren nach § 2 VI BBauG durchzuführen. Zwar stellt der Flächennutzungsplan die beabsichtigte Art der Bodennutzung nur in den Grundzügen dar, soweit diese nach den voraussehbaren Bedürfnissen sich abzeichnen, und beinhaltet auch keine Änderung des örtlichen Baurechts. Dennoch läßt er gewisse Außenwirkungen eintreten, auf die der Bürger sich einstellt und seine Bedürfnisse ausrichtet.

In erster Linie ist hier die wirtschaftliche Seite zu erwähnen, da der Verkehrswert eines Grundstücks von seiner "Qualität", und diese nicht nur durch die derzeitige, sondern wesentlich durch die mögliche zukünftige Nutzungsfähigkeit beeinflusst wird. So wird man bei einem noch landwirtschaftlich genutzten Grundstück einen über den landwirtschaftlichen Nutzungswert hinausgehenden Verkehrswert dann annehmen können, wenn der Flächennutzungsplan ihm aufgrund seiner Beschaffenheit und Lage "Baulandqualität" zuspricht. Die Frage der Bebauungsaussicht ist daher für den Verkehrswert von ausschlaggebender Bedeutung. Die Dispositionen der Planung einer Gemeinde sind neben der natürlichen

211) Schroedter, BBauG, § 8 Rdnr. 4;

Entwicklung und den natürlichen Bedürfnissen der maßgebliche Faktor, der gewöhnliche Grundstücke zu wertvollem Bauland machen kann und umgekehrt. So kommt den vorbereitenden Plänen, die regelmäßig eine rechtsverbindliche Wirkung nicht kennen, auf diesem Wege eine erhebliche Bedeutung zu, die sich in einer Erhöhung oder Senkung des Grundstückswertes ausdrückt.²¹²⁾

aa) Einer solchen tatsächlichen Auswirkung der vorbereitenden Flächennutzungspläne auf die Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeit der betroffenen Grundstücke wurde nun in § 8 II 1 BBauG Rechnung getragen. Neben der Sicherung des konstanten Planungskonzeptes einer Gemeinde dient die Bestimmung dem Vertrauensschutz des Bürgers. Die Bindung der Gemeinde an ihre vorbereitende Planung entspricht der tatsächlichen Auswirkung des Flnpl. Der Bürger stellt sich auf die durch den Flnplan hervorgerufene wirtschaftliche Veränderung des Grundes ein. Grundstücke werden ge- und verkauft, und bauliche Maßnahmen werden in die Wege geleitet. Die veränderte rechtliche Beurteilung des Bodens zieht eine Reihe von wirtschaftlichen und "planerischen" Einzelmaßnahmen des Bürgers nach sich. Dieser neuen Situation entsprechend muß sich auch die Gemeinde in ihren weiteren Planungsstufen verhalten. Sie hat durch ihre vorbereitende Planung veränderte Umstände geschaffen, auf die der Bürger vertraut und denen gemäß er disponiert hat. Zum Schutz dieser Individualinteressen bringt § 8 II 1 BBauG die interne Bindung der Gemeinde zum Ausdruck. Damit stimmt überein, daß der beschlossene und genehmigte Flächen-

212) BGH DVBl 1963, 625;

nutzungsplan nur unter den Voraussetzungen des Aufstellungsverfahrens aufgehoben, geändert oder ergänzt werden darf, § 2 VII BBauG.

Im übrigen entfaltet der Flächennutzungsplan nur mittelbare Rechtswirkungen. Doch auch das Wesen dieser mittelbaren Auswirkungen besteht in der Bindung der Verwaltung. So sind bei der Prüfung der Zulässigkeit der Bebauung im Außengebiet die vorbereitenden Pläne als maßgeblich anzusehen. Das BVerwG²¹³⁾ sieht den Flächennutzungsplan als eine jener Konkretisierungen an, die im Einzelfall bestimmen, was "die" geordnete städtebauliche Entwicklung ist, und reiht ihn damit unter die "wesentlichen Anhaltspunkte" ein, die entscheiden, ob ein Vorhaben öffentliche Belange i.S. des § 35 II BBauG beeinträchtigt oder nicht. Diese Bindungswirkung des Flächennutzungsplans bei der Prüfung nach § 35 II BBauG bedeutet für die Rechtsanwendung nichts anderes, als wenn die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes abhängt.²¹⁴⁾ Ein bestimmter, hinreichend konkreter - auch negativer - Planungswille der Gemeinde kann demnach bereits über die Zulässigkeit eines Vorhabens im Außenbereich bestimmen. So führt im Rahmen des § 35 II BBauG die mangelnde Übereinstimmung eines Bauvorhabens mit den Darstellungen eines Flächennutzungsplanes unmittelbar zur Unzulässigkeit des Vorhabens.²¹⁵⁾ Gleichermäßen hat diese Entscheidung Bedeutung für die "geordnete" städtebauliche Entwicklung nach § 20 I BBauG, da sich die hier und in § 35 II BBauG verwendeten Begriffe insoweit decken.²¹⁶⁾

213) BVerwGE 18,247;

214) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 5 Rdnr. 82;

215) BVerwG NJW 1969,69; VGH München BayVBl 1964, 408; OVG Rheinland-Pfalz VerwRspr. 15, 704;

216) BVerwGE 18,242; Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 5 Rdnr. 83;

Auch in dieser Auffassung des BVerwG kommt der Wille zum Ausdruck, das Vertrauen des Bürgers in die vorbereitende Planung zu schützen. Bei der Entscheidung nach § 19 II und § 35 II BBauG sollen dem Bürger zumindest die Umstände nicht zum Nachteil gereichen, die mit den Darstellungen des Flächennutzungsplans vereinbar sind. Der Bürger, der ein Bauvorhaben plant und für dessen Durchführung eine Genehmigung nach § 19 II oder § 35 II BBauG beantragt, soll, wenn er sich im Rahmen des Flächennutzungsplanes bewegt, die Behörde an ihrer vorbereitenden Planung festhalten können. Eine andere Entscheidung wäre mit einer konstanten und klaren Gesamtplanungskonzeption nicht zu vereinbaren und würde dem Vertrauen des Bürgers in hoheitliche Planungsmaßnahmen nicht gerecht. Wenn die Gemeinde in Form eines Flnpl. ihren Planungswillen nach außen zu erkennen gegeben hat, so kann ein sich innerhalb der Grenzen des Flächennutzungsplanes bewegender Bürger nicht aus diesen Gründen abgewiesen werden. Liegt eine Übereinstimmung des Vorhabens mit dem Plan nicht vor, dann führt dies zur Unzulässigkeit. Umgekehrt kommt eine gleichartige Wirkung einem Plan nicht zu, dessen Darstellungen für die Zulässigkeit eines Vorhabens sprechen, denn er kann nicht eventuelle Verstöße gegen andere öffentliche Belange ausräumen und das Vorhaben entgegen derartigen öffentlichen Belangen zulässig machen.²¹⁷⁾

Dieses Ergebnis entspricht den Grundsätzen des Vertrauensschutzes. Nur dann bindet sich eine Behörde durch ihr eigenes Verhalten, wenn sie überhaupt einen

217) BVerwG NJW 1969, 69;

Vertrauenstatbestand geschaffen hat und darüber hinaus der Bürger vertrauen konnte. Ein Vertrauenstatbestand besteht aber nur hinsichtlich der im Flächennutzungsplan festgelegten Darstellungen. Was die Beeinträchtigung anderer öffentlicher Belange betrifft, so beinhaltet er keine Aussagen. Insoweit gibt er dem Bürger auch keinen Anlaß für schutzwürdiges Vertrauen und begründet keinen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung nach § 19 II oder § 35 II BBauG.

bb) Dementsprechend scheint die Bindungswirkung des Flächennutzungsplanes im Hinblick auf die Entscheidungen nach § 35 II und § 20 I BBauG eine sachgerechte Lösung. Dennoch kann ihr nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Das OVG Münster²¹⁸⁾, das eine Berücksichtigung des Flächennutzungsplanes bei der Zulässigkeitsprüfung nach § 35 II BBauG überhaupt ablehnt, hat einige nicht zu übersehende Vorbehalte geltend gemacht. Insbesondere wendet es sich gegen die Bindungswirkung, weil der städtebauliche Planungswille der Gemeinde noch nicht ohne weiteres als öffentlicher Belang anzusehen sei, sondern erst der Planungswille, der in einem qualifizierten Bebauungsplan verbindlich niedergelegt sei. Der im Flächennutzungsplan zum Ausdruck kommende bloße "negative" Planungswille, der hinsichtlich der für eine Bebauung vorgesehenen Flächen kaum eine hinreichende Konkretisierung des "positiven" Planungswillens, sondern allenfalls für die übrigen Flächen einen konkretisierten "negativen" Planungswillen darstellt, sei zwar in der Regel ein Indiz dafür, daß eine Bebauung der Flächen, die er nicht als Baugebiet, sondern als Außenbereich darstellt, einer geordneten Entwicklung des Gemeindegebietes zu-

218) OVG Münster DVBl 1965, 289; 1964, 543;

widerlaufen würde. Er sei aber nur ein Indiz und eben deshalb nicht zwingend. Auch bringe er nur die planerischen Belange zum Ausdruck und sei insoweit nur ein Element~~e~~ der geordneten Entwicklung, das zudem nach Maßgabe des § 7 S.1 BBauG unvollständig sein oder nach § 3 S.2 unvollständig werden könne. Eine solche Unvollständigkeit könne daneben bei einer Änderung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung eintreten, da das bauliche Entwicklungsbedürfnis der Gemeinde schwer abzuschätzen ist. Es sei daher möglich, daß Flächennutzungsplan und bauliches Entwicklungsbedürfnis nicht in Einklang stehen und eine Bindung an die vorbereitende Planung bei der Entscheidung nach §§ 35 II, 20 I BBauG den tatsächlichen baulichen Bedürfnissen entgegenstehen.

Zu Recht zeigt das OVG Münster die nachteiligen Erscheinungen auf, die die Anerkennung einer Bindungswirkung des Flächennutzungsplanes bei der Überprüfung von Bauvorhaben nach sich ziehen kann. Die "Grenzen der Aussagekraft"²¹⁹⁾ des in der vorbereitenden Planung zum Ausdruck kommenden Planungswillen der Gemeinde sind nicht zu übersehen. Doch rechtfertigen sie nicht die Annahme, daß der Flächennutzungsplan von vornherein ungeeignet für die Beurteilung von Bauvorhaben sei. Die für die Entwicklung der Gemeinde planerisch erheblichen Belange werden eben nur in bestimmten Grenzen aufgezeigt, müssen aber nach §§ 20 I, 35 II erheblich sein, wenn nicht die für eine Entscheidung maßgeblichen Tatsachen unberücksichtigt bleiben sollen. Grundsätzlich kann nicht abgestritten werden, daß die Flächennutzungspläne über die Entwicklungsvorstellungen

219) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 5 Rdnr. 87;

der Planungsträger Aufschluß geben und eine verhältnismäßig verlässliche Prognose der Entwicklung gestatten. Diese darf bei der Entscheidung darüber, ob einem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen, nicht unbeachtet bleiben.²²⁰⁾ Damit ist die Bindungswirkung des Flächennutzungsplanes für die Entscheidung nach §§ 20 I, 35 II BBauG zu bejahen. Diese Lösung wahrt auch den Schutz des Vertrauens, das der Bürger, der eine Entscheidung nach §§ 20 I, 35 II BBauG beantragt, den Festsetzungen des Flächennutzungsplans entgegenbringt.

3) Ergebnis:

Selbstbindung und Vertrauensschutz, als zum Schutz des Bürgers wirkende Prinzipien, spielen im Baurecht eine wesentliche Rolle. Auf der Grundlage des Gleichheitsgebotes, Art. 3 GG, und des Grundsatzes von Treu und Glauben dienen sie der Gleichbehandlung und dem Dispositionsschutz des Bürgers. Die herausgearbeiteten Fälle zeigen, daß die beiden allgemein verwaltungsrechtlichen Gedanken den ihnen zugedachten Aufgaben auch in Bausachen gerecht werden. Das Baurecht hält sich insoweit im Rahmen der allgemeinen Erfordernisse, so daß bei Vorliegen der Einzelvoraussetzungen der beiden Institute ihre Schutzfunktion eingreift. Letztere beinhaltet die Verwirklichung der Bindung der Baubehörden an ihre eigenen Akte, die zwar nicht reibungslos vor sich geht, aber dennoch ausgleichend die öffentlichen Interessen wahrt und den Bürger schützt.

220) OVG Lüneburg DVBl 1965, 288;

Z w e i t e r T e i l

B. Grenzen der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes im Baurecht

Nachdem im ersten Teil der Arbeit die Grundlagen der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes und deren praktische Verwertbarkeit auf dem Gebiet des Baurechts herausgearbeitet wurden, geht es im zweiten Teil darum, die Grenzen dieser zur Eigenbindung der Verwaltung entwickelten Grundsätze im Baurecht aufzuzeigen. Es wird sich dabei anhand der Darstellung einer bestimmten Fallgruppe erweisen, daß aufgrund der besonderen baurechtlichen Verhältnisse den privaten und öffentlichen Interessen eine beide Seiten zufriedenstellende Lösung durch die Selbstbindungs- und Vertrauensschutzkonstruktion im herkömmlichen Sinne nicht zuteil wird. Hierbei wird im einzelnen festzustellen sein, daß die Unzulänglichkeit der von Lehre und Rechtsprechung zur Eigenbindung entwickelten Grundsätze immer dort akut wird, wo die spezifisch baurechtlichen Verhältnisse zu Tage treten und eine Wahrnehmung der staatlichen Interessen unter Hintanstellung der schutzwürdigen privaten Belange nach sich ziehen.

I. Den Schwerpunkt der Ausführungen wird die Darstellung der baurechtlichen Sondersituation bilden, da der sich von den anderen besonderen Verwaltungsrechtsgebieten unterscheidende spezifische baurechtliche Charakter die Grundlage des zur weiteren Erörterung stehenden Lösungsvorschlages bilden wird. Eine wichtige Rolle wird dabei das Problem der Grenzen der Gesetzesbindung der Verwaltung spielen und die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich so etwas wie eine "Selbstbefreiung" der Verwaltung von gesetzlicher Bindung in Betracht ziehen läßt.

1) Unter den typischen Formen des Verwaltungshandelns nimmt der VA eine besondere Stellung ein. Als einseitiger hoheitlicher Akt der Behörde berührt er vermöge seiner unmittelbaren Rechtswirkung den Rechtskreis des Bürgers am nachhaltigsten und unterscheidet sich damit grundlegend von anderen hoheitlichen Maßnahmen, von denen eine unmittelbare Rechtswirkung nicht ausgeht.²²¹⁾ Trotz der Betonung dieser eingreifenden Funktion ist den Verwaltungsakten, die auf dem Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts, beispielsweise des Polizei-, Steuer-, Beamten- oder Gewerbe-rechts ergehen, gemein, daß sie sich in ihrer gewollten Zielrichtung in erster Linie auf den Privatbereich des Adressaten auswirken. Möglich ist, daß sich als Folge einer Vielzahl, nach einem bestimmten Verwaltungskonzept ergangenen VA'e, eine gewisse, sich auch in der Öffentlichkeit auswirkende, erkennbare Nebenfolge einstellt. Das ist jedoch die Ausnahmeerscheinung, auf deren Auftreten der VA seiner Intention nach nicht angelegt ist. Grundsätzlich

221) Zum Begriff des Verwaltungsaktes siehe Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 188 ff.;

beschränkt sich der VA auf einen Eingriff, sei er gewährender oder belastender Art, in den Rechtskreis des Betroffenen, ohne dabei eine relevante Einflußnahme auf die Öffentlichkeit auszuüben. Er enthält das Rechtsgebot an den Betroffenen, seinen Vollzug zu dulden oder geschehen zu lassen, und erschöpft sich mit dem Vollzug. Darin liegt seine unmittelbare rechtliche und tatsächliche Wirkung.²²²⁾ Eine darüber hinausreichende verändernde Gestaltung der Öffentlichkeit erfolgt nicht und ist auch nichtbeabsichtigt. Der im Einzelfall vorgenommene Vollzug erfüllt den Zweck des VA's, ohne dabei tatsächliche Gegebenheiten zu schaffen, deren Existenz aus dem Privatbereich des Betroffenen heraustritt und den Öffentlichkeitsbereich gestaltend verändert.

a) Anders die baurechtlichen VA'e. Sie unterscheiden sich von den VA'en auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten, wie sie oben abgegrenzt wurden, dadurch, daß sie nicht nach einem bestimmten "Prozeßablauf" gegenstandslos werden. Sie erschöpfen sich nicht in einer einzelnen Maßnahme, die ein begrenztes Einzelziel ansteuert und danach "verbraucht" ist. Vielmehr bewirken sie eine umfassende, auf unbestimmte Zeit geltende Gestaltung und bestimmen nicht nur das erste Bauen. Sie halten die durch sie geschaffene Raumgestaltung für die folgende Zeit aufrecht, indem sich alle späteren Neu-, Um- oder Änderungsbauten an die einmal geschaffenen Tatsachen halten müssen. Und das ist gerade das Typische für baurechtliche Genehmigungsakte

222) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 192;

und die anderen baurechtlichen Vollzugsmaßnahmen, daß auf ihrer Grundlage regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen werden.²²³⁾ Kraft ihrer Anlage sind sie darauf gerichtet, raumgestaltend und auf Verwirklichung zielend auf einen tatsächlichen Zustand Einfluß zu nehmen, diesen zu verändern und vollendete Tatsachen zu hinterlassen. Dieses wesentliche Moment der Schaffung von vollendeten Tatsachen ist natürlich nicht eine auf das Baurecht beschränkte Erscheinung. Sie läßt sich vielmehr überall da nachweisen, wo tatsächliche Verrichtungen die Wirklichkeit gestalten und Fakten gesetzt werden.²²⁴⁾ Im Baurecht aber bilden diese Folgen den Regelfall, da durch die Errichtung von baulichen Anlagen ein tatsächlicher Zustand erreicht ist, dessen raumbeanspruchende und -verändernde Funktion typisch ist.²²⁵⁾

b) So wie im unbeplanten Gebiet erst in den genehmigenden Vollzugsakten die wirklichkeitsgestaltende Funktion der vollendeten Tatsachen zum Ausdruck kommt, so findet sie innerhalb von Planungsgebieten bereits in den einzelnen Bebauungsplänen ihren Niederschlag. Der Plan bestimmt durch die von ihm betroffenen Grundstücke die zukünftige Gestaltung des Stadtbildes. Immer wird er im Rahmen einer größeren Ordnung, im Zusammenhang mit anderen bereits bestehenden oder geplanten Straßen oder Plätzen stehen und eine auf Dauer angelegte Gestaltung schaffen. In dieser seiner ein-

223) Zinkahn-Bielenberg, BBauG, Vorbem. zu §§ 40-44. Rdnr. 142" Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, S. 141;

224) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 191;

225) Blümel, a.a.O., S. 144;

greifenden, aktiv gestaltenden Funktion²²⁶⁾ kommt dem Bebauungsplan ein wesentlicher Vollzugscharakter zu. Zwar sind regelmäßig noch die entsprechenden Vollzugsakte erforderlich, jedoch sind auch diese durch den Plan bereits bis ins einzelne festgelegt, so daß mit der Feststellung des Planes man faktisch schon das Ergebnis, nämlich das zukünftige Städtebild vor Augen hat.²²⁷⁾ Der noch ergehende Vollzugsakt verliert seine selbständige Bedeutung, da auch etwa anzustellende Ermessenserwägungen bereits bei Aufstellung des Planes abschließend vorweggenommen wurden. Diese Eigenart des Bebauungsplanes als Vollzugsnorm nimmt somit im Planungsbereich das vorweg, was im unbeplanten Gebiet erst die genehmigenden Vollzugsakte beinhalten, nämlich eine aktive Gestaltungswirkung, die die Wirklichkeit verändert und vollendete Tatsachen schafft.

So ist in erster Linie diese baurechtliche Sonder-situation festzuhalten, die sich grundsätzlich von den anderen Verwaltungsrechtsgebieten unterscheidet. Sei es der baurechtliche Einzelakt oder der die planungs-rechtliche Gesamtkonzeption zum Ausdruck bringende Bebauungsplan, beide Arten des Verwaltungshandelns bilden im Baurecht die Grundlage für die Setzung von Fakten, die den privaten Rechtsbereich des betroffenen Bürgers überschreiten und Belange der Öffentlichkeit berühren. Als Gestaltungsmittel schaffen sie, aktiv in den sozialen Öffentlichkeitsbereich eingreifend, eine "Ordnung" im Sinne der angestrebten Raumeinteilung und dienen damit über den Einzelbereich des Adressa-ten hinaus der Verwirklichung überindividueller Ziele.

226) Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 59;

227) Brohm, a.a.O., S. 60;

2) Die dargestellte baurechtliche Sondersituation hinsichtlich der Schaffung vollendeter Tatsachen im Öffentlichkeitsbereich bleibt nicht auf sich beruhen, sie zieht vielmehr ein weiteres baurechtliches "Spezifikum" nach sich. Die durch den Vollzug der baulichen Maßnahmen geschaffenen Fakten - die veränderte Wirklichkeit - lassen sich in den meisten Fällen nicht mehr ungeschehen machen. Die staatlichen Hoheitsakte haben Wirkungen entfaltet, die mit der nachträglichen Beseitigung des Hoheitsaktes nicht mehr aus der Welt zu schaffen sind.²²⁸⁾

Nach einer in Lehre und Rechtsprechung gefestigten Tradition, die bereits als eine "Norm des richterlichen Gewohnheitsrechts"²²⁹⁾ angesehen ist, versagt die Rücknahme von VA'en in Fällen, in denen aufgrund des VA ein Werk errichtet worden ist. Der sozusagen klassische Fall des sog. Inswerksetzens ist die Ausführung eines Baues aufgrund der Bauerlaubnis. Zunächst auch speziell für diesen Fall entwickelt, ist der Grundsatz von dort auf andere Sachlagen übertragen worden. Dabei wurde zugleich der sichere Boden des Baurechts verlassen und auf etwaige Kostenaufwendungen des Begünstigten abgestellt.²³⁰⁾ Bei derartigen Sachlagen ist jedoch zu beachten, daß eine dem Bauwerk entsprechende Vergegenständlichung des Schutzgutes gewahrt bleibt.²³¹⁾ So ist bei einer Bauerlaubnis, der Fall, an dem die Lehre vom Inswerksetzen entwickelt wurde, nicht ein "abgeschlossener tatsächlicher

228) Blümel, a.a.O., S. 138;

229) Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 56, mit weiteren Nachweisen;

230) BVerwGE 10, 308;

231) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 259

Zustand", also die Vollendung des Baues erforderlich.²³²⁾ Für ein Widerrufsverbot genügen auch "fortgeschrittene Vorbereitungshandlungen", wie etwa Ankauf und Antransport von Bauelementen und Beginn des Aufstellens. Forsthoff spricht von einer über das bloße Gebrauchmachen von der Baugenehmigung hinausgehende Verwirklichung besonderer Anstalten, da normalerweise von jedem begünstigenden VA Gebrauch gemacht wird.²³³⁾ Im Kern der Sache ist man sich darüber einig, daß die Widerrufsschranke der Insverksetzung dann als errichtet anzusehen ist, wenn die durch einen Widerruf geschaffene Lage für den Adressaten eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Eine nur unwesentliche Auswirkung des Widerrufs auf den Interessenkreis des Adressaten ist im Rahmen der anzustellenden Billigkeits-Erwägungen nicht zu berücksichtigen.

Gerade im Baurecht ist aber aus diesen Überlegungen heraus eine Rückgängigmachung in der Regel nicht zu verwirklichen. Zwar wäre es begrifflich möglich, aus der Errichtung einer baulichen Anlage die Pflicht zum Abbruch herzuleiten. Jedoch erscheint aufgrund der baurechtlichen Sondersituation, wie sie regelmäßig durch die Schaffung von vollendeten Tatsachen hervorgerufen wird, die Lage des Adressaten besonders schutzwürdig. Nicht nur, daß die Errichtung des Baus mit besonders aufwendigen Maßnahmen verbunden ist, die einen hohen Kostenanfall verursachen, hinzu kommt in den meisten Fällen ein langfristig berechneter Finanzierungsmodus, der eine einschneidende Belastung des Bauwilligen beinhaltet. Dieser Umstand ist mit-

232) Schäfer, a.a.O., S. 57;

233) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 259;

zuberücksichtigen und regelmäßig stünde eine Abrißverfügung außer Verhältnis zu dem durch den Abbruch zu erwartenden Schaden.

Zu der außergewöhnlichen Bedeutung der vollendeten Tatsachen in Bausachen, die auf anderen Verwaltungsrechtsgebieten nur eine untergeordnete Rolle spielen, kommt also hinzu, daß diese vollendeten Tatsachen nach dem Grundsatz des Inswerksetzens praktisch unabwickelbar sind, weil die tatsächlichen Umstände eine rechtliche Bindung der Baubehörden nach sich ziehen.

a) Die Unwiderruflichkeit als Folge der Inswerksetzung trat ursprünglich nur als Folge "fehlerfrei" erlassener Entscheidungen ein.²³⁴⁾ Inzwischen ist der Grundsatz auch auf fehlerhafte Entscheidungen ausgedehnt worden.²³⁵⁾ Diese Lösung erfordert die besonders schutzwürdige Position, die der Adressat erlangt hat, wenn er im Vertrauen auf den Fortbestand des VA's besondere Anstalten getroffen hat. Nur dann kann der Gedanke des Vertrauensschutzes nicht Platz greifen, wenn sich der Begünstigte unlauter verhalten oder den VA erschlichen hat. Eine solche Regelung entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Vertrauensschutzes und deckt sich mit der bei der Rücknahme von rechtswidrigen, begünstigenden VA'en anzustellenden Interessenabwägung.

234) Ipsen, Der Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 83 ff.;

235) Hauelsen, DVBl 1959, 233; Schäfer, a.a.O., S.58;

b) Was die Rechtswirkung der vollendeten baurechtlichen Tatsachen im Hinblick auf die gesteigerte Schutzwürdigkeit des Betroffenen anbetrifft, so zeigt sich eine über die Unwiderruflichkeit rechtswidriger begünstigender VA'e hinausgehende Erscheinung. Vollendete Tatsachen können nämlich vom Bürger auch auf der Grundlage nichtiger VA'e geschaffen werden. Dann tritt dieselbe tatsächliche Bindung der Baubehörden an die Fakten wie bei ihren rechtswidrigen Entscheidungen ein. Das Hauptwesensmerkmal nichtiger VA'e ist aber, daß sie allgemein unbeachtlich und weder der Adressat noch die Behörden an sie gebunden, durch ihn berechtigt oder verpflichtet sind.²³⁶⁾ Der nichtige VA hat keinerlei Rechtswirkungen und ist ein juristisches Nichts. Ergeht hingegen ein nichtiger Baugenehmigungsakt, sei es daß er selbst mit schweren, offenkundigen Mängeln behaftet ist, sei es, daß er aufgrund eines nichtigen Bebauungsplanes ergangen ist²³⁷⁾, und werden aufgrund dieser Entscheidung bauliche Maßnahmen ergriffen, so ziehen die vollendeten Tatsachen eine rechtliche Wirkung eines nichtigen Aktes nach sich, nämlich die Bindung der Baubehörden an eine von vorneherein unbeachtliche Maßnahme.

3) Damit tritt eine Wirkung ein, die dem nichtigen VA sonst abgesprochen wird, daß nämlich ihm die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge nicht von Anfang an und endgültig versagt ist²³⁸⁾, sondern daß sie über das

236) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 219;

237) BVerwG DVBl 1969, 276;

238) Eyer mann-Fröhler, VwGO, Anhang zu § 42 Rdnr.1;

Phänomen der vollendeten Tatsachen zur Geltung gelangt. Dieser Umstand schränkt den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Satz, daß nichtige VA'e keine Wirkung zeigen, im Baurecht weitgehend ein. Vollendete Tatsachen führen im Baurecht dazu, daß sogar nichtige Entscheidungen der Behörde volle Rechtswirkungen erlangen.

Die im Baurecht vorliegende besonders schutzwürdige Stellung des Adressaten und die daraus gefolgerte Widerrufsschranke haben zum Ergebnis, daß in der Regel, d.h. wenn Fakten gesetzt werden, rechtswidrige und sogar nichtige Akte existent bleiben.

4) Zusammenfassend läßt sich die baurechtliche Sonder-situation hinsichtlich der Eigenbindung der Behörden folgendermaßen darstellen: Regelmäßig werden auf der Grundlage baurechtlicher Genehmigungsbescheide von den Adressaten dieser Akte bauliche Maßnahmen in die Wege geleitet und somit vollendete Tatsachen geschaffen. Diese Tatsachen treten aus dem Privatbereich des Bürgers heraus und wirken gestaltend auf den Öffentlichkeitsbereich ein. Als Folge des mit der Errichtung der baulichen Anlagen zumeist verbundenen besonderen Anstalten des Bürgers und seiner dadurch erhöhten Schutzwürdigkeit tritt über die Lehre der Insverksetzung regelmäßig Unwiderruflichkeit der ergangenen Entscheidungen ein. Bereits aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes her muß sich diese Unwiderruflichkeit auch auf rechtswidrige Verwaltungsentscheidungen erstrecken. Darüber hinaus erfaßt sie aber auch nichtige Akte der Behörden, die aufgrund der tatsächlichen Unabwickelbarkeit der gesetzten Fakten die volle Wirkung von rechtmäßigen Akten erlangen. Das bedeutet eine Bindung der Baubehörden auch an nichtige Akte.

II. Nach der Herausarbeitung der besonderen baurechtlichen Verhältnisse hinsichtlich der Eigenbindung der Verwaltungsbehörden bleibt der Fall aufzuzeigen, der die Auswirkungen der Sondersituation auf den Bürger erkennen läßt und die anfallende Interessenlage erhellt.

1) Es handelt sich hierbei um das Streben nach Fehlerwiederholung, das namentlich im Baurecht erhebliche praktische Bedeutung besitzt. Als Anhaltspunkt dafür mag der Hinweis dienen, daß beispielsweise der I. Senat des OVG Lüneburg im Verlaufe von - willkürlich ausgewählten - sechs Monaten achtmal Anlaß hatte, das Bestehen eines Anspruchs auf Fehlerwiederholung zu verneinen.²³⁹⁾ Zugrunde liegt stets der Fall, daß die Baugenehmigungsbehörde einer Vielzahl von Antragstellern in fehlerhafter Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens oder in unrichtiger Anwendung des Gesetzes eine Genehmigung auf Errichtung einer neuen oder Änderung einer bestehenden baulichen Anlage erteilt hat und auf der Grundlage dieser rechtswidrigen Genehmigungen Bauten errichtet worden sind. Nach Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit ihrer bisherigen Praxis weicht die Baubehörde von ihrer gleichmäßigen Verwaltungsübung ab und lehnt in gleichliegenden Sachlagen die bisher erteilte Genehmigung ab. Unabhängig davon, wie das Gesetz auf die Bürger B, C, D, E usw. angewandt wurde, entscheidet im Falle des Bürgers A, jedenfalls dann, wenn die verwaltungsrechtlichen Beziehungen umfassend gesetzlich geregelt sind, allein das Gesetz. Unter Berufung auf die richtige

239) Vgl. Weyreuther, DVBl 1964, 895; mit Nachweisen in FN 18;

Anwendung des Gesetzes wird dem klagenden Bürger A der Hinweis auf die Andersbehandlung in gleichliegenden Fällen mit der Begründung abgeschnitten, daß ein Vergleich mit der Gesetzesanwendung in anderen Fällen ohnehin bedeutungslos sei, da auf ihn das Gesetz nur "richtig" angewendet werden könne. Entscheidend sei hier für den Kläger nur die Tatsache, ob sein Begehren durch die für ihn maßgeblichen objektive Rechtslage gestützt sei. Er könne sich nicht auf die Vielzahl der anderen, zugunsten der Betroffenen objektiv "falsch" entschiedenen Fälle berufen. Diese Meinung ist heute allgemein anerkannt, da für das Bestehen einer Gleichbehandlungspflicht die bisherige Praxis der Behörde rechtmäßig sein muß und sie weder verpflichtet noch berechtigt ist, eine rechtswidrige Verwaltungsübung beizubehalten.²⁴⁰⁾

Wie auf allen anderen Verwaltungsrechtsgebieten führt auch im Baurecht diese Lehre dazu, daß der Bürger, dem gegenüber zum erstenmal von der rechtswidrigen Verwaltungspraxis abgewichen und das Gesetz "richtig" angewandt worden ist, mit seinem Gesuch auf Erteilung der Baugenehmigung abgewiesen wird. Die Änderung der bisherigen Verwaltungsübung ist dem abgewiesenen Bürger gegenüber die einzige Reaktion der Baubehörden auf die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit.

2) Auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten werden die Behörden zusätzlich in anderer Richtung tätig. Die im Rahmen der rechtswidrigen Verwaltungsübung gewährten

²⁴⁰⁾ Wallerath, Selbstbindung, S. 98 FN 23;
Kalkbrenner, BayVBl 1970, 81, mit Nachweisen zur
Rspr. und Literatur;

Vergünstigungen werden abgebaut. Zwar berechtigt nicht schon der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit die Behörde allein wegen der Rechtswidrigkeit zur Rücknahme, jedoch darf dann regelmäßig der rechtswidrige, begünstigende VA zurückgenommen werden, wenn nicht das durch den Erlaß des fehlerhaften VA begründete Vertrauen des Begünstigten auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung überwiegt.²⁴¹⁾

Die Regel ist wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA'e. Hiervon wird nur in den besonders gelagerten Fällen eine Ausnahme zugelassen, in denen das Interesse an der Wahrung des Vertrauensschutzprinzips von größerem Gewicht ist als die aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit folgende Notwendigkeit, der Rechtsordnung durch nachträgliche Beseitigung des gesetzwidrigen VA'es Geltung zu verschaffen.

Gerade umgekehrt liegen die Verhältnisse im Baurecht. Hier findet regelmäßig ein Abbau der aufgrund einer rechtswidrigen Verwaltungsübung gewährten Vergünstigungen nicht statt. Verantwortlich dafür sind die in Bausachen geschaffenen vollendeten Tatsachen. Ihre durch das vorrangige Individualinteresse begründete Unwideruflichkeit führt dazu, daß in der Regel sämtliche auf rechtswidrigen Genehmigungen basierenden baulichen Anlagen bestehen bleiben. Besonders augenfällig wird diese Folge, wenn die Existenz eines ganzen Gemeindeteiles, dessen Bebauung nur über rechtswidrige oder nichtige Baugenehmigungen möglich war, lediglich deshalb aufrecht zu erhalten ist, weil die schützende und bewahrende Funktion der vollendeten Tatsachen zum

241) BVerwGE 19,188; BVerwG NJW 1968,1645;
Redeker-Oertzen, VwGO, S.164;

Tragen kommt. Eine solche Erscheinung ist auf anderen Verwaltungsrechtsgebieten ausgeschlossen. Zwar besteht auch dort die Möglichkeit, daß auf rechtswidrige Entscheidungen gestützte Maßnahmen des Bürgers nicht mehr rücknehmbar sind, sei es, daß die vor der Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA'e anzustellende Interessenabwägung aus Gründen des Vertrauensschutzes zugunsten des Bürgers ausgefallen ist, sei es, daß den Verhältnissen im Baurecht entsprechend durch den Vollzug der rechtswidrigen Erlaubnis besondere Veranstaltungen getroffen und Fakten geschaffen wurden, die billigerweise den gleichen Schutz genießen müssen. Stets wird es sich hierbei aber um Einzelfälle handeln, da die im Öffentlichkeitsbereich auftretende Schaffung vollendeter Tatsachen auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten nur Ausnahmeerscheinung ist, und der Nachweis einer schutzbedürftigen Vertrauensposition für den Bürger schwer zu erbringen ist. So wird im Falle einer rechtswidrigen Verwaltungsübung die Mehrzahl der rechtswidrig erteilten Erlaubnisse zurückgenommen werden, weil die Schranke der Unwiderruflichkeit entweder am nichterbrachten Vertrauensnachweis oder am Fehlen von vollendeten Tatsachen scheitert. Auf jeden Fall bleibt die Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Entscheidung die Ausnahme.

Im Baurecht hingegen können rechtswidrig und sogar nichtig erteilte Genehmigungen, sobald sie in das Vollzugsstadium getreten sind, nicht mehr zurückgenommen werden. Der Bürger, der als erster nach der Änderung der rechtswidrigen Verwaltungspraxis mit seinem Baugesuch an die Baubehörden herantritt, sieht sich einer Reihe von erstellten baulichen Anlagen gegenüber, die trotz ihrer nachgewiesenen Rechtswidrigkeit unangetastet bleiben, und wird als einziger

abgewiesen. Sein Einwand, eine derartige Manipulierung des Verwaltungsplans verstoße gegen das Gleichheitsgebot des Art.3 GG, wird mit dem Hinweis zurückgewiesen, es gäbe keine "Gleichheit im Unrecht", auf ihn könne nur das Gesetz angewandt werden. "Eine Verletzung des Gleichheitssatzes komme trotz der in den anderen Fällen gewährten Vergünstigungen nicht in Betracht, obwohl sie entgegen der objektiven Rechtslage in sachverhältnistlich gleichgelagerten Fällen gewährt worden seien."²⁴²⁾

3) Die in dieser Verallgemeinerung getroffene Feststellung scheint nicht haltbar, da sie den baurechtlichen Verhältnissen nicht Rechnung trägt und die dargestellte Sondersituation nicht berücksichtigt. Es darf die für das Baurecht typische und in ihren Ausmaßen auf das Baurecht beschränkte Tatsache nicht übergangen werden, daß vollendete Tatsachen geschaffen werden, die grundsätzlich unabwickelbar sind und nicht zurückgenommen werden können. Hierin unterscheidet sich das Baurecht von allen anderen Verwaltungsrechtsgebieten grundlegend. Die entscheidende Konsequenz des Unterschiedes liegt darin, daß rechtswidrige und auch nichtige baurechtliche Genehmigungen, selbst wenn sie in Form einer anhaltenden Verwaltungsübung ergangen sind, in der Regel nicht mehr aufgehoben werden können. Die Rücknehmbarkeit bildet die Ausnahme. Im übrigen besonderen Verwaltungsrecht ist die Situation genau umgekehrt. Eine rechtswidrige Verwaltungsübung wird ab Erkenntnis der Rechtswidrigkeit nach den Grundsätzen der Rücknahmezulässigkeit abgebaut. Die Rücknahme bleibt der Grundsatz. Die ausnahmsweise Unwiderruflich-

242) BVerwGE 5,1,8;

keit beschränkt sich auf die Fälle einer gesonderten Interessenlage.

Will man das hier gefundene Ergebnis, daß im Baurecht rechtswidrige und nichtige Akte im Regelfall nicht zurückgenommen werden können, nicht völlig unbeachtet lassen, so muß man auch die lapidare Feststellung, dem erstmalig abgewiesenen Bürger gegenüber komme eine Verletzung des Gleichheitsgebotes nicht in Betracht, auf ihre Richtigkeit hin überprüfen.

Wo kommt denn eine Verletzung des Gleichheitssatzes deutlicher zum Ausdruck als in der Aufrechterhaltung einer unrechtmäßigen Begünstigung einzelner Bürger.²⁴³⁾ Ist die Verwaltung für die Erbringung bestimmter öffentlicher Leistungen an die Feststellung bestimmter zwingender Voraussetzungen gebunden, so liegt eine Ungleichbehandlung aller anderen Bürger darin, daß einzelnen Bürgern, bei denen die gesetzlichen Voraussetzungen der erbrachten Leistung nicht vorlagen, die günstige Rechtsposition belassen wird. Erfolgt die Aufrechterhaltung einer solchen unrechtmäßigen Begünstigung, so stellt dies zugleich eine elementare Verletzung des Gleichheitssatzes und damit einen grundlegenden Verstoß gegen die Verfassung dar. Sie würde den begünstigten Bürger ohne Grund in eine bessere Rechtslage bringen und das Zutrauen in die unparteiliche Handhabung des Rechts gefährden.²⁴³⁾ Besonders beträchtlich ist die Rechtsungleichheit ~~zwischen den Bürgern,~~ denen gegenüber die Verwaltung das Gesetz in ständiger Übung großzügig ausgelegt und angewandt hat, und demjenigen, der nicht in den Genuß einer solchen Entscheidung gekommen ist und dem gegenüber die anderweitige Verwaltungspraxis für schlechthin irrelevant erklärt worden ist.²⁴⁴⁾ Bei einer derartigen Handhabung

243) Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S. 253; Becker-Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 95; Wallerath, Selbstbindung, S. 85;

244) Götz, DVBl 1968, 95;

der Verwaltungspraxis führt nichts an der Tatsache vorbei, daß in sachlich und persönlich gleichgelagerten Fällen das Gesetz anders angewandt wird. Damit aber verstößt die Verwaltungsbehörde gegen das Gebot der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte, das nach allgemeiner Meinung im Gleichheitsgrundsatz des Art.3 I GG enthalten ist.²⁴⁵⁾ Mit dem Sinn des "verfassungsrechtlichen Postulats der Rechtsanwendungsgleichheit"²⁴⁶⁾ ist es unvereinbar, daß im gleichen Fall so oder auch anders entschieden werden darf.²⁴⁷⁾

Dementsprechend kann auch die Zulässigkeit des beim Wechsel der rechtswidrigen Verwaltungsübung zwangsläufig erfolgenden Bruches der Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt sein. Zwar darf der nach einer Beseitigung rechtswidriger Begünstigungen verlangende Gleichheitssatz nicht als allein maßgebendes Kriterium zur Frage der Rücknahme in den Vordergrund gestellt werden. Seine Anwendung muß auch im Einklang mit anderen grundgesetzlichen Prinzipien stehen. So wird im Einzelfall die Behörde auf allen Verwaltungsrechtsgebieten an der "gleichmäßigen Gewährleistung eines dem Gesetz entsprechenden Umstandes" durch die Berücksichtigung einer schutzwürdigen Vertrauenslage gehindert. Doch handelt es sich hierbei um Einzelfälle, in denen eine Interessenabwägung dazu führt, daß der Gleichheitssatz einem anderen grundlegenden Verfassungsprinzip hintangestellt wird. Im Baurecht kann man als Regelfall davon ausgehen, daß aufgrund der Sondersituation die Rück-

245) Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.3 Anm.II 4; Ipsen, Gleichheit, S.111 ff.;

246) Bettermann, Der Staat, S. 81;

247) BVerfGE 9, 150;

nahme rechtswidriger Vergünstigungen nicht möglich und insofern ein konstanter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG den baurechtlichen Verhältnissen immanent ist.

Das ist die Konstellation, mit der der Bauwillige konfrontiert wird. Wurden rechtswidrige oder nichtige Baugenehmigungen vollzogen, so hat die Baubehörde grundsätzlich keine Handhabe, die gewährten Vergünstigungen rückgängig zu machen. Ihre tatsächliche Existenz verleiht ihnen eine rechtliche Position. Der Antragsteller, der mit einem gleichliegenden Baugesuch nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit an die Behörde herantritt, wird abgewiesen. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes wird nicht in Erwägung gezogen. Unberücksichtigt bleibt dabei der Umstand, daß die Behörde nicht einmal die Möglichkeit hat, die rechtswidrigen Vergünstigungen abzubauen, und damit die Grundlage für einen elementaren Gleichheitsverstoß schafft, nämlich die fortwährende Aufrechterhaltung unrechtmäßiger Begünstigungen.

4) Über diesen permanenten Verstoß gegen das Gleichheitsgebot hinaus führt die dargestellte baurechtliche Sondersituation und ihre Behandlung durch die herrschende Ansicht auch zur Außerachtlassung eines weiteren grundlegenden Verfassungsprinzips. Das Vertrauen des Bürgers, der in Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der bisherigen Verwaltungsübung sich an den genehmigten und erstellten Bauten orientiert und in Erwartung der beantragten Genehmigung bereits investiert, wird durch die Abweisung auf eklatante Weise enttäuscht.

a) Zwar wird der Vertrauensschutz in Rechtsprechung und Schrifttum fast ausschließlich als ein Rechtsgedanke behandelt, der es der Behörde unter bestimmten Umständen verbietet, einen VA wieder aufzuheben.²⁴⁸⁾ Daß hierin nicht der einzige Sinn des Vertrauensschutzes liegen kann, macht schon sein Grundgedanke deutlich: Konstanz im Auftreten der Verwaltung gegenüber dem Bürger. Worin die hieraus folgende Bindung sich im Einzelfall äußert, hängt von der Struktur der Vertrauenslage ab, auf die der Vertrauensschutz sich gründet.²⁴⁹⁾ Ob man aus dem Vertrauensschutz je nach Lage einen Rechtsanspruch oder zumindest eine rechtlich weitgehend geschützte Aussicht auf Erlaß eines begünstigenden VA'es folgern will²⁵⁰⁾, kann im Rahmen dieser Erörterung dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, daß der Vertrauensschutzgedanke auch in Richtung auf Erlaß einer Verwaltungsentscheidung Bedeutung erlangen und der auf eine rechtswidrige Verwaltungsübung vertrauende Bauwillige sein Begehren hierauf stützen kann.

b) Diese Rechtsfolge kann auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß man beim abgewiesenen Bürger überhaupt das Vorliegen einer Vertrauenslage verneint. Die einen Anspruch des Bürgers ablehnende Ansicht stützt sich darauf, daß ihm gegenüber die Behörde keinen Vertrauenstatbestand begründet habe, wenn sie in gleichen Fällen anderen gegenüber stets in einer bestimmten Weise verfahren sei²⁵¹⁾ und diesen gesetzwidrigen Zustand lediglich längere Zeit geduldet

248) siehe Mainka, Vertrauensschutz, S. 37 FN 180 mit weiteren Nachweisen;

249) Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 321;

250) Mainka, Vertrauensschutz, S. 56;

251) Schüle, VerwArch.Bd. 39 S. 24;

habe.²⁵²⁾ Die Behörde kann aber auch dadurch eine Vertrauenslage schaffen, daß sie sich dem Bürger gegenüber, der erstmalig mit seinem Antrag an sie herantritt, vor diesem Zeitpunkt passiv verhalten hat. Ein Vertrauensschutz erscheint hier nicht grundsätzlich ausgeschlossen, denn auch dieses passive Verhalten ist geeignet, in dem Bauwilligen die Erwartung zu erwecken, die Behörde werde auch in Zukunft es bei ihrem bisherigen Verhalten bewenden lassen und die Baugenehmigung erteilen.

aa) Zwar kann nicht ohne weiteres in der bloßen Duldung der rechtswidrigen Verwaltungsübung die Bekundung der Absicht gesehen werden, diese Praxis auch in weiteren Fällen beizubehalten. Doch gerade beim erstmalig abgewiesenen Bauwilligen, der auf die Stetigkeit der rechtswidrigen Verwaltungspraxis vertraut hat, entspricht die Annahme einer derartigen Absichtsbekundung seiner gesteigerten Schutzbedürftigkeit. Er hat ja den rechtswidrigen Zustand nicht selbst geschaffen und ist für die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsübung, auf die er vertraut hat, nicht verantwortlich. Er kann geltend machen, daß mit dem Einschreiten der Behörde durch die Änderung der Praxis und den hiermit für ihn verbundenen Nachteilen Fehler der Verwaltung auf seine Kosten berichtigt werden. Die Rechtswidrigkeit liegt im Verantwortungsbereich der Behörde und ist weder vom Bürger verschuldet, noch war sie für ihn klar erkennbar. Diesem Umstand ist durch die Anerkennung einer erhöhten Schutzwürdigkeit Rechnung zu tragen.²⁵³⁾

252) Mainka, Vertrauensschutz, S. 75;

253) BVerwGE 10, 309;

bb) Über diese allgemeinen, dem Vertrauensschutzgedanken entsprechenden Überlegungen hinaus, geben auch noch die spezifisch baurechtlichen Verhältnisse Anlaß, von einer über das Maß des Üblichen hinausreichenden Vertrauensgrundlage auszugehen. Wie bereits ausgeführt, bewegt sich der Großteil aller Verwaltungsrechtsmaßnahmen im Privatbereich des Adressaten. Baurechtliche Akte treten durch ihren Vollzug aus diesem Bereich heraus und wirken gestaltend auf den Öffentlichkeitsbereich ein. Es wäre kaum denkbar, daß beispielsweise nach dem Erlaß einer Reihe von rechtswidrigen Steuerbescheiden, ein bis dahin am Verfahren unbeteiligter Dritter sich darauf beruft, er habe im Vertrauen auf die Beständigkeit der Praxis und in Erwartung desselben Steuerbescheides besondere Anstalten getroffen und erwarte nun Schutz seines Vertrauens. Eine derartige Begründung einer Vertrauenslage wäre in erster Linie wohl deshalb nicht schlüssig, weil die Einzelmaßnahmen der rechtswidrigen Praxis nach außen gar nicht in Erscheinung treten. Sie beschränken sich vielmehr auch in ihrem Vollzug auf den Adressatenbereich und sind insofern nicht geeignet, einem Dritten als Rechtfertigung für von ihm angestellte Vertrauensdispositionen zu dienen. Anders wenn der Fall eine rechtswidrige Übung in Bausachen betrifft. Hier treten die rechtswidrigen vollzogenen Einzelmaßnahmen an die Öffentlichkeit und bieten sich nahezu zwingend dem bauwilligen Dritten als Grundlage für einen Vertrauenstatbestand und darauf basierende Investitionen an. Die wirklichkeitsgestaltende Funktion der baulichen Anlagen fordert alle diejenigen heraus, die ein vergleichbares Objekt planen, sich an den vollendeten Tatsachen zu orientieren. Theoretisch besteht diese Möglichkeit auch auf anderen Verwaltungsrechtsgebieten.

Von einer praktischen Zwangsläufigkeit ist sie nur im Baurecht. Jeder Bauwillige steht vor der durch bauliche Anlagen gestalteten Wirklichkeit und richtet nicht nur seine ersten planerischen Vorstellungen an den bereits vorhandenen Bauten aus, sondern mißt auch die eventuelle baurechtliche Zulässigkeit seines zukünftigen Vorhabens an den gegenwärtig bereits zugelassenen Bauten. Die regelmäßige Folge ist, daß er sich darauf einstellt, seine Dispositionen anpaßt und auf die Verbindlichkeit der gesamtplanerischen Konzeption vertraut. Wird dann sein Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung entgegen den tatsächlich bestehenden baulichen Gegebenheiten abgelehnt, so stellt sich dieser Bruch des auf hoheitlich sanktionierte Tatsachen begründeten Vertrauens als besonders schwerwiegend dar.

5) Vertrauensbruch und Gleichheitsverstoß bleiben gegenüber dem erstmalig abgewiesenen Bürger nicht die einzigen Folgen der baurechtlichen Sondersituation. Hinzu kommt eine Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens, der mit zu den wichtigsten Prinzipien einer Rechtsordnung gehört, die sich an der Idee der Gleichheit ausrichtet.²⁵⁴⁾

a) Zwar beinhaltet ein Gleichheitsverstoß nicht automatisch einen Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken, da beide Begriffe nicht identifiziert werden können.

254) Zum unmittelbaren Zusammenhang zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit: BVerfG NJW 1967, 1413; Ipsen, Gleichheit, S. 137, 150 ff.; Leibholz, Gleichheit, S. 254; Mertens, Selbstbindung, S. 52;

Die Gleichheit ist lediglich als "partielle Konkretisierung der Gerechtigkeit, nicht als die Gerechtigkeit selbst" anzusehen.²⁵⁵⁾ Das Verhältnis von Ungerechtigkeit und Ungleichheit ist wie das des Ganzen zum Teil. Der Gleichheitssatz soll nicht Ungerechtigkeit schlechthin verhindern, sondern nur das Gleichheitsgebot als Teilinhalt der allgemeinen Gerechtigkeitsidee sichern.²⁵⁶⁾ Doch liegen in der dargestellten baurechtlichen Fallgestaltung auch die Umstände vor, die neben die Ungleichbehandlung treten müssen, um diese sich auch als ungerecht erweisen zu lassen.

b) Allgemein ist das entscheidende Moment, daß sich die zu vergleichenden Fälle innerhalb einer rechtlich gebundenen Vielzahl von Personen abspielen müssen, die eine Gemeinschaft bildet und einem gemeinsamen Ordnungs- und Verteilungsorgan unterliegt.²⁵⁷⁾

Für die Richtigkeit dieses Abgrenzungskriteriums spricht die Tatsache, daß auch der in Art. 3 I GG niedergelegte Gleichheitssatz lediglich ein gesetzlicher Ausdruck des sich aus dem allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip ergebenden Gleichbehandlungsgebotes ist, das auch nur für Autoritäten einer Gemeinschaft deren Mitgliedern gegenüber gilt.

Die rechtlich gebundene Vielzahl von einer Gemeinschaft bildenden Personen ist in unserem Fall der Personenkreis, der sich innerhalb des Gebietes befindet, in

255) Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S.71; Paulick, Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, S.126,162;

256) Böckenförde, a.a.O., S. 53;

257) Böckenförde, a.a.O., S. 25; Mertens, IuS 1963,393; Wallerath, Selbstbindung, S. 32;

dem der verbindliche Planungswille der Gemeinde, sei es in der vorhandenen Bebauung oder im Bebauungsplan, zum Ausdruck gekommen ist. Diesen Planungswillen hat der einzelne Grundstückseigentümer hinzunehmen. Alle Adressaten sind durch den auf ein bestimmtes Gebiet bezogenen Plan miteinander verbunden²⁵⁸⁾, sie bilden eine "rechtliche Schicksalsgemeinschaft", wie es Ipsen formuliert hat.²⁵⁹⁾ Diese Gemeinschaft unterliegt der ordnenden und verteilenden Planungshoheit der Gemeinde. Mit der Erfüllung der aufgeführten Voraussetzung resultiert aus dem Gleichheitsverstoß auch eine Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens.

6) Das ist aber zugleich ein Eingriff in den Kern des auf materiale, inhaltliche Gerechtigkeit der Staatsführung abzielenden Rechtsstaates.²⁶⁰⁾ Um den Gehalt des material verstandenen Rechtsstaatsbegriffes erfassen zu können, muß in besonderem Maße auf die Grundrechte zurückgegriffen werden. Ausschlaggebend ist dabei neben der Wahrung der persönlichen Freiheit die rechtliche Bindung der Macht, wobei diese Forderung über eine bloße Legalität hinausreicht. Ihr eigentliches Ziel ist der Kampf gegen Willkür und Ungerechtigkeit. Inhaltlich muß diese Rechtsbindung

258) Redeker, DVBl 1968,8;

259) Ipsen, VVDStRL 18,182;

260) Zum Begriff des materialen Rechtsstaates: Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S. 231; Mertens, Selbstbindung, S. 73; Wallerath, Selbstbindung, S. 31; Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S.9;

vom Geiste der Gerechtigkeit und Gleichheit getragen sein und den Lebensbereich des einzelnen Bürgers sicher und beständig umgrenzen.²⁶¹⁾

Diese die Aufgaben des rechtsstaatlichen Gebotes umreißende Definition enthält drei tragende Elemente: Wahrung des Gleichheitssatzes, Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens und Schutz des Vertrauens. Ein jeder dieser Verfassungsgrundsätze und damit auch die Gewährleistung des Rechtsstaatsprinzipes als höchstrangiger Grundsatz unserer Rechtsordnung²⁶²⁾ scheinen durch die baurechtliche Sondersituation in Frage gestellt.²⁶³⁾

7) Ergebnis:

Die im Baurecht, von einigen Ausnahmefällen abgesehen, grundsätzliche Aufrechterhaltung unrechtmäßiger Begünstigungen macht den Gleichheitsverstoß in einer solchen Lage zur Regel. Da der Gleichheitsverstoß innerhalb einer rechtlich gebundenen Gemeinschaft erfolgt, die einem übergeordneten Organ unterliegt, ist im Einzelfall der Gleichheitsverstoß mit einer Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens identisch. Darüber hinaus wird das Vertrauen des Bürgers, der sich auf die rechtswidrigen Entscheidungen eingerichtet hat, durch einen ablehnenden Bescheid enttäuscht, obwohl die Vertrauenslage infolge der öffentlichkeitsgestaltenden baurechtlichen Verhältnisse besonders schutzwürdig ist.

Dies ist das Ergebnis, in dem für den betroffenen Bürger die baurechtliche Sondersituation resultiert.

261) Scheuner, a.a.O., S.234; Bachof, VVDStRL 12,39,58;

262) Schäfer, a.a.O., S. 9 mit weiteren Nachweisen;

263) Mertens, Selbstbindung, S. 95;

In Unkenntnis der Rechtswidrigkeit auf eine Verwaltungsübung vertrauend, die bereits von den begünstigten Adressaten vollzogen und damit unaufhebbar geworden ist, wird der bauwillige Antragsteller, der bereits in Erwartung der Baugenehmigung disponiert hat, mit seinem Antrag abgewiesen. Abgesehen von der Tatsache, daß über dem Haupt eines einzigen die ganze Strenge des Gesetzes entfaltet wird, bringt die Abweisung auch massive Grundrechtsverletzungen dem Abgewiesenen gegenüber mit sich. Der auf diese Weise dem Rechtsstaat geleistete Dienst ist von höchst zweifelhaftem Wert, zumal man sich trotz der verwaltungsgerichtlichen Rechtsweggeneralklausel des Art. 19 IV GG nicht darüber täuschen lassen darf, daß eine aussichtsreiche Rechtskontrolle des ablehnenden Bescheides nicht gegeben ist. Es besteht zwar für den Bürger die verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit in Form einer Verpflichtungsklage, die auf den Erlaß der begünstigenden Genehmigung abzielt. Diese Klage wird zumindest noch nicht im Stadium der Zulässigkeitsprüfung scheitern. Bei der Prüfung der Begründetheit hingegen wird die Feststellung der einzelnen Grundrechtsverletzungen ohne Berücksichtigung der baurechtlichen Sondersituation bereits durch die lapidare Feststellung verhindert, daß die Verwaltung nicht verpflichtet werden könne, an einer gesetz- oder sonstwie rechtswidrigen Übung festzuhalten. Damit erscheint eine jede Erfolgsaussicht einer solchen Klage ausgeschlossen. Abhilfe wird auch nicht durch die Generalklausel des Art. 19 IV GG geschaffen. Sieht man einmal von dem ohnehin subsidiären Charakter

dieser Auffangnorm ab²⁶⁴⁾, so garantiert Art. 19 IV GG Rechtsschutz nur gegenüber allen gesetzlich nicht gerechtfertigten Belastungen und Vorenthaltungen²⁶⁵⁾. Sobald es an dieser Voraussetzung fehlt, sei es daß der Erlaß der Maßnahme gegen eine Gesetzesnorm verstoßen, sei es daß das behördliche Ermessen fehlerhaft gebraucht würde, greift die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG nicht ein.

So kommt zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Abweisung hinzu, daß der betroffene Bürger eine erfolgsversprechende Rechtsschutzmöglichkeit nicht hat. Abgesehen von der Feststellung der Zulässigkeit der Klage durch das Verwaltungsgericht erfolgt eine Überprüfung eventueller Grundrechtsverletzungen des Abgewiesenen nicht. Die Verwaltung handelt insoweit frei von Störungen durch die Gerichtsbarkeit, da eine aussichtsreiche Möglichkeit der Rechtskontrolle für den abgewiesenen Bürger nicht besteht.

III. Nachdem im ersten Teil der Arbeit festgestellt werden konnte, daß die zur Eigenbindung der Verwaltung entwickelten Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Selbstbindung grundsätzlich auch im Baurecht den ihnen zugedachten Zweck erfüllen, geht es nun darum, ob sie auch den dargestellten besonderen baurechtlichen Verhältnissen gerecht werden. Es soll geprüft werden, ob die zu Lasten des Bürgers gehende baurechtliche Sondersituation, deren Folge eine Reihe erheblicher

264) Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 19 IV, Rdnr.42;

265) Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 19 IV, Rdnr.36;

Grundrechtsverletzungen ist, ebenfalls von den beiden allgemein verwaltungsrechtlichen Prinzipien bewältigt wird, oder ob ein sowohl öffentliche, wie auch private Belange berücksichtigender Ausgleich durch den Vertrauensschutz- und Selbstbindungsgedanken an der spezifischen Fallgestaltung scheitert.

1) Zuerst soll der Vertrauensschutz in seiner Bedeutung untersucht werden, die er hinsichtlich einer rechtswidrig begünstigenden Verwaltungspraxis und der Erwartung des Betroffenen hat, die Behörde werde auch ihm gegenüber den positiven Bescheid erlassen. Als in diesem Zusammenhang nicht relevant kann der Fall einer rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsübung ausgeschieden werden. Sollte die Behörde nach längerer rechtmäßiger Praxis zum erstenmal auf den Antrag des Betroffenen rechtswidrig reagieren und eine Vergünstigung verweigern, so handelt es sich bei Ermessensentscheidungen um eine Frage des Anspruchs auf fehlerfreien Ermessensgebrauch. Bei Rechtsentscheidungen kann der Betroffene sein Begehren auf das Recht auf richtige Rechtsanwendung stützen. Als nur subsidiärer Gedanke kann der Vertrauensschutz nicht Entscheidungsgrundlage sein. Die rechtmäßig begünstigende Verwaltungsübung bildet keinen Fall der baurechtlichen Sonderproblematik. Diese tritt vielmehr nur bei rechtswidrig begünstigender Praxis auf, sobald die Rechtswidrigkeit erkannt und der Betroffene abgewiesen wird. In welcher Fallgestaltung kann der Bauwerber seinen Anspruch auf Genehmigungserteilung mit dem Schutz seines Vertrauens begründen. Daß der Vertrauensschutzgedanke auch in Richtung auf Erlaß einer Maßnahme Bedeutung erlangen kann, wurde bereits oben ausgeführt.

a) Grundsätzlich wird der Vertrauensschutz auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der von der Verwaltung gesetzte Tatbestand, der die Grundlage des Vertrauens bildete, rechtswidrig war. Denn warum sollte nicht auch rechtswidriges Verhalten der Behörde geeignet sein, in dem Betroffenen die Erwartung zu erwecken, die Behörde werde sich auch weiterhin so verhalten. Zumal wenn dem Betroffenen die Rechtswidrigkeit der bisher gebilligten Zustände nicht bekannt war und er als bisher am Verfahren Unbeteiligter die Rechtswidrigkeit nicht zu verantworten hatte. Unter solchen Umständen kann das Vertrauen des abgewiesenen Bauwilligen durchaus als schutzwürdig erscheinen und die Grundlage der beantragten Baugenehmigung bilden. Insoweit scheint sich über den Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes eine Lösung des durch die baurechtliche Sondersituation verursachten Einbruchs in die Grundrechte des abgewiesenen Bauwilligen abzuzeichnen.

b) Und dennoch spielt die Tatsache der Rechtswidrigkeit des für den Betroffenen ausschlaggebenden Vertrauenstatbestandes eine maßgebliche Rolle. Bei der dem Vertrauensschutzgedanken eigenen Abwägung öffentlicher und privater Interessen fällt sie regelmäßig zugunsten des öffentlichen Interesses ins Gewicht. Dies kommt darin zum Ausdruck, daß vor Ergreifung konkreter Maßnahmen ein Vertrauensschutz abzulehnen ist, wenn die Vertrauenslage in einer Maßnahme besteht, die die Behörde im Widerspruch zum geltenden Recht getroffen hat.²⁶⁶⁾ Das ist auch der Gesichtspunkt, unter dem darüber entschieden wird²⁶⁷⁾, ob die Behörde gehindert

266) Mainka, Selbstbindung, S.35;

267) BVerwG NJW 1961,1130; NJW 1959,1553;

ist, einen rechtswidrigen auf Dauer gerichteten VA auch für die Zukunft zurückzunehmen. Ohne das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Übung wäre bereits vor Ergreifung konkreter Dispositionen ein Vertrauensschutz denkbar, da dieser nicht erst einsetzen kann, wenn der Betroffene bereits irgendwelche konkreten Maßnahmen auf der Grundlage jenes staatlichen Verhaltens getroffen und dadurch sein Vertrauen nach außen hin kundgetan hat. Bereits vor einer Manifestation des Vertrauens durch bestimmte Dispositionen wäre eine unerfreuliche Umstellung der Planungen des Betroffenen nicht zu verhindern und die Erschütterung des Vertrauens in die Beständigkeit staatlichen Verhaltens konnte dazu führen, daß überhaupt nicht mehr disponiert wird.

Diese Möglichkeit der Gewährung von Vertrauensschutz bereits vor der Durchführung konkreter Dispositionen scheidet bei unserer baurechtlichen Fallgestaltung aus, weil die als Vertrauensgrundlage dienende Übung rechtswidrig war.

c) Doch selbst wenn man auf den Zeitpunkt nach Ergreifung besonderer, nach außen erkennbarer Dispositionen abstellt, greift der Vertrauensschutzgedanke nicht zugunsten des erstmalig an die Baubehörde Herantretenden ein. Entscheidend ist zwar nun nicht mehr die infolge der Rechtswidrigkeit für das öffentliche Interesse sprechende Interessenabwägung, hinzu kommt vielmehr ein weiterer gegen die Verwirklichung des Vertrauensschutzes sprechender Umstand.

Ein Vertrauenstatbestand setzt nämlich voraus, daß die Verwaltung eine bestimmte Haltung, an die sie

gebunden werden soll, gegenüber einem bestimmten Einzelnen eingenommen hat. Der Betroffene muß zur Verwaltung in eine nähere Beziehung getreten sein, die enger ist als das Verhältnis, in dem der Bürger ganz allgemein zur Verwaltung steht. Es gilt für den Vertrauensschutz insoweit das gleiche wie für die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben. Eine rechtliche Sonderverbindung ist daher Mindestvoraussetzung für die Heranziehung des Vertrauensschutzes. Der Betroffene muß beispielsweise bereits an die Behörde mit seinem Ersuchen herangetreten sein, oder diese ihm etwas gestattet, von ihm etwas verlangt haben. An einer bestehenden Beziehung, die überhaupt erst Vertrauen im Gefolge haben kann, aber fehlt es in unserer Fallgestaltung, da der Betroffene erstmalig in einer konkreten Frage an die Baubehörde herantritt. Ihm gegenüber hat nach herrschender Ansicht die Baubehörde keinen eine Eigenbindung verursachenden Vertrauenstatbestand geschaffen, wenn sie in gleichen Fällen anderen Bauwerbern die Genehmigung erteilt hat.²⁶⁸⁾ Mit dem Vertrauensschutzgrundsatz kann der abgewiesene Bauwillige die andersartige Behandlung nicht angreifen. In derartigen Fällen der geänderten Verwaltungsübung kann er seinen Anspruch auf Erlass der begehrten Maßnahme nicht auf das Prinzip des Vertrauensschutzes stützen.²⁶⁹⁾ Ein Recht auf Fortführung einer bestimmten Verwaltungsübung aus dem Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes scheitert somit un-

268) Schüle, VerwArch.Bd.38 S.399 ff.; Bd.39 S.1 ff.;

269) BaylVGH BayVBl 1956,248; OVG Münster AS Bd.6 S.179; WBVGH VerwRspr Bd.8 S.70;

abhängig von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Übung in der Regel daran, daß die Behörde durch ihre Übung objektiv keinen Vertrauenstatbestand schafft.²⁷⁰⁾

d) Das hier gefundene Ergebnis entspricht der Handhabung des Vertrauensschutzes in Rechtsprechung und Lehre. Für unsere Fallgestaltung liegt die Bedeutung darin, daß das eine der beiden tragenden Institute zur Eigenbindung der Verwaltung die Grenzen seiner Zweckerfüllung an der baurechtlichen Sondersituation findet. Die herkömmliche Konstruktion des Vertrauensschutzes erkennt die zu honorierende Vertrauenslage aus einer Verwaltungsübung nicht an und schafft damit auch dem rechtsstaatswidrigen Gleichheitsverstoß im Baurecht nicht Abhilfe.

Hiergegen kann zwar eingewendet werden, daß sich dieses Versagen des Vertrauensschutzes nicht auf die baurechtliche Sondersituation beschränkt, sondern auch auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten in Erscheinung tritt, weil generell eine Verwaltungsübung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kein Recht auf ihre Beibehaltung zu erzeugen vermag. Diese Argumentation verkennt jedoch, und hierauf muß noch einmal hingewiesen werden, die ungleich stärkere Vertrauensposition des in Bausachen auf eine längere rechtswidrige Verwaltungsübung Vertrauenden. Dementsprechend stärker ist auch der durch die Abweisung erfolgte Bruch des Vertrauens. Grundsätzlich ist ein solcher Vertrauensbruch auch im übrigen besonderen Verwaltungsrecht

270) OVG Berlin DöV 1960, 518; OVG Lüneburg AS Bd. 12 S. 454; WBVGH VerwRspr Bd. 8 S. 799;

denkbar. Er wird sich aber auf die Einzelfälle beschränken, bei denen die Verwaltungsmaßnahmen aus dem privaten Adressatenbereich heraustreten und dann erst ausnahmsweise überhaupt als Vertrauensgrundlage geeignet sind. Jedoch wird dieser Fall, in dem der Nachweis des Vertrauens gelingt, die Ausnahme bleiben. Das Versagen des Vertrauensschutzgrundsatzes im Zusammenhang mit der baurechtlichen Sondersituation erscheint um einiges eklatanter und wird bereits am "Normalfall" evident.

Festzuhalten bleibt, daß der Gedanke vom Vertrauensschutz, so wie er von der allgemeinen Ansicht gehandhabt wird, für den durch die baurechtliche Sondersituation bedingten rechtsstaatswidrigen Gleichheitsverstoß und Vertrauensmißbrauch eine Lösung nicht anbietet.

e) Zu erwägen wäre eine, auf ein Recht auf zumindest vorübergehende Beibehaltung der Verwaltungsübung abzielende Erweiterung des Vertrauensschutzes, um auch den baurechtlichen Erfordernissen gerecht werden zu können. Diese Möglichkeit scheitert jedoch an einem grundlegenden Wesensmerkmal des Vertrauensschutzgedankens. Wie oben ausgeführt wurde, kommt dem Vertrauensschutz nur subsidiäre Geltung zu. Seine Heranziehung ist verfehlt, wenn die mit ihm erstrebte Bindung bereits unter Anwendung besonderer, für bestimmte Arten des Verwaltungshandelns bestehende Grundsätze erreicht wird.

2) Sieht man einmal von Rechtsentscheidungen ab, so ist aber doch gerade der Fall des Ersuchens um Beibehaltung einer bisherigen Verwaltungsübung die typische

Situation, die das Institut der Selbstbindung zur Anwendung kommen läßt. Eine Bindung der Behörde tritt unabhängig vom Vertrauensschutz schon aufgrund der speziell für diese Fallgestaltung entwickelten Lehre von der Selbstbindung ein.

a) Zumindest was Ermessensentscheidungen betrifft, ist es daher unschädlich, daß der Vertrauensschutz die rechtsbeeinträchtigende Sondersituation des Baurechts nicht bewältigt. Eine Lösung ist ohnehin über den Selbstbindungsgedanken zu erwarten, der gerade für die in unserer Fallgestaltung erstrebte Bindung die Handlungsfreiheit der Verwaltung einschränkt. Als "Kind" des Art. 3 GG würde die Lehre von der Selbstbindung den durch die Aufrechterhaltung unrechtmäßiger Vergünstigungen erfolgten Gleichheitsverstoß mittels Erteilung der beantragten Genehmigung in gleichgelagerten Fällen verhindern und damit auch den Verfassungsprinzipien des Vertrauensschutzes und der Rechtstaatlichkeit Genüge tun.

b) Bei genauerer Betrachtung stellt sich diese Vorstellung jedoch als Illusion heraus. Zwar ist die Selbstbindungskonstruktion ihrer Intention nach auf die Bewältigung unserer baurechtlichen Fallgestaltung angelegt und auf den Ausgleich der widerstreitenden Interessen zugeschnitten. Insofern ist sie auch dem nur als "Notbremse" anwendbaren Vertrauensschutz gegenüber speziell und verdrängt dessen Anwendbarkeit im Rahmen von Ermessensentscheidungen.

Dennoch gibt auch die Selbstbindung dem Bauwilligen bei einem gleichliegenden Bauvorhaben kein Recht auf Erlaß der begünstigenden Maßnahme. Ursächlich hierfür

ist der Umstand, daß die bisherige Verwaltungsübung rechtswidrig war. So wurde bereits bei den allgemeinen Grundzügen der Selbstbindungslehre ausgeführt, daß nicht jede sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Handhabung des Ermessens zu einer Selbstbindung führt. Es ist unbestritten, daß die bisherige Praxis der Behörde rechtmäßig sein muß, um die Handlungsfreiheit der Verwaltung einzuschränken. Nur solche begünstigenden Maßnahmen werden als Grundlage der Selbstbindung anerkannt, die im Bereich der Rechtsordnung liegen und die nicht schon selbst rechtswidrig sind.

Diese grundlegende Voraussetzung für das Eingreifen der Selbstbindung der Verwaltung ist in dem hier behandelten baurechtlichen Fall gerade nicht gegeben. Wäre die maßgebliche Verwaltungsübung rechtmäßig, so würde die aufgezeigte Problematik gar nicht in Erscheinung treten. Dann könnte dem vertrauenden Bürger über den Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch und auf richtige Rechtsanwendung geholfen werden. War die bisherige Praxis rechtswidrig, so versagen nicht nur diese beiden Institute, es greift auch nicht die Selbstbindung als Gebot an die Verwaltung ein, ein Abweichen von einem früheren, dem Staatsbürger günstigeren Verhalten zu unterlassen.

3) Zusammenfassung.

Nach den vorangegangenen Ausführungen lassen sich die wesentlichen, im Baurecht geltenden Grundsätze für die Bindung der Verwaltung an ihre eigenen Akte wie folgt zusammenfassen:

Selbstbindung und Vertrauensschutz werden dem baurechtlichen Normalfall, auf den sie ihrer Bestimmung nach

angelegt sind, gerecht. Sie wahren eine gewisse Konstanz im Auftreten der Verwaltung gegenüber dem Bürger dadurch, daß sie zwar das öffentliche Interesse an einer gesetzmäßigen Verwaltung nicht vernachlässigen, gleichzeitig aber auch das Vertrauen des Bürgers schützen und eine Gleichbehandlung gewährleisten. Hier- von abgesehen bringen die baurechtlichen Verhältnisse eine Situation mit sich, für die beide Grundsätze eine sachgerechte Lösung nicht anbieten. Nicht mehr rück- nehmbar vollendete Tatsachen, die den Öffentlichkeits- bereich gestalten, führen zur Bindung der Baubehörden an rechtswidrige und nichtige Verwaltungsmaßnahmen. Die Folge ist im Falle einer rechtswidrigen Verwal- tungsübung für den erstmalig abgewiesenen Bürger ein durch die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Vergün- stigungen bedingter Gleichheitsverstoß und ein Miß- brauch seiner gesteigerten Vertrauensstellung. Dieser Einbruch in die verfassungsrechtliche Position des Bürgers stellt sich im Hinblick auf die Erfordernisse eines über die bloße Legalität hinausreichenden ma- teriellen Rechtsstaates als äußerst bedenklich dar. Dennoch tragen die beiden eigentlich einschlägigen Lehren vom Vertrauensschutz und der Selbstbindung zur Bewältigung dieses Konfliktes nicht bei. Eine Lösung über den Vertrauensschutzgedanken scheitert, abge- sehen von seiner gegenüber der Selbstbindung subsidi- ären Natur, bereits daran, daß eine objektive Ver- trauenslage nicht anerkannt wird. Die Lehre von der Selbstbindung versagt, weil sie eine Berufung auf Gleichheit im Unrecht nicht zuläßt.

Abschließend kann festgestellt werden, daß die allge- mein verwaltungsrechtlichen Grundsätze den aus der baurechtlichen Sondersituation resultierenden Ver- stößen gegen rechtsstaatliche Anforderungen nicht gerecht werden.

C. Anpassung des allgemein verwaltungsrechtlichen
Instituts der Selbstbindung an die baurechtliche
Sondersituation

Will man sich mit dem hier gefundenen Ergebnis, wonach grundgesetzwidrig die Benachteiligung eines Bürgers gegenüber mehreren anderen Bürgern erfolgt, nicht zufriedengeben, so ist man gezwungen, die allgemein verwaltungsrechtlichen Gedanken zur Eigenbindung der Verwaltung an die besonderen Erfordernisse der baurechtlichen Sondersituation anzupassen. Über eine Erweiterung des Vertrauensschutzes kann, worauf bereits oben hingewiesen worden ist, eine Anpassung nicht vorgenommen werden. Der Vertrauensschutz ist ein subsidiärer Rechtsgedanke, der hinter der speziell in Richtung auf Erlaß einer Verwaltungsmaßnahme hin entwickelten Selbstbindung zurückzutreten hat. Eine Lösung der Problematik ist daher nur in der Weiterentwicklung der herkömmlichen Form der Selbstbindungslehre zu erwarten. Dabei muß dieser Anpassungsprozeß unter dem übergeordneten Gesichtspunkt der Flexibilität vor sich gehen. Wenn wie in vorliegendem Fall ein tatsächlich schwerwiegendes Bedürfnis gegeben ist, darf die Selbstbindungslehre nicht als starres, allgemein verwaltungsrechtliches Rechtsgebilde gehandhabt werden. Eine Anpassung an das einzelne Verwaltungsrechtsgebiet, zugeschnitten auf die dort herrschenden typischen Verhältnisse, ist unerläßliche Voraussetzung für eine jede allgemein verwaltungsrechtliche Konstruktion, die ~~im~~ besonderen Verwaltungsrecht erprobt und als brauchbar eingeordnet werden soll.

I. Für eine so beschaffene Aufnahme der Selbstbindungs-
konstruktion im Rahmen der baurechtlichen Sonder-
verhältnisse wäre in erster Linie erforderlich, daß

der Grundsatz aufgegeben wird, der ihrer die gesamte baurechtliche Situation befriedigenden Anwendbarkeit bislang im Weg gestanden hat, nämlich der Grundsatz: Keine Gleichheit im Unrecht. Diese Einschränkung hat zu den dargestellten rechtsstaatswidrigen Folgen, dem Gleichheitsverstoß und Vertrauensmißbrauch, geführt.

Wäre in der baurechtlichen Sondersituation eine Ausdehnung der Selbstbindungslehre mit den Grundlagen der Verfassung, insbesondere mit Art. 3 GG, vereinbar, so wäre auch eine im Baurecht durchgehend verfassungsmäßige Behandlung des Bürgers durch die Verwaltung gewährleistet.

1) Im übrigen wäre es nicht eine völlig neue Erscheinung, daß die baurechtlichen Verhältnisse zur Veränderung bestehender Rechtsinstitute geführt bzw. neue Rechtsgebilde erzeugt haben. Es ist allerdings stets ein Vorgang, der eine gewisse Anlaufzeit in Anspruch nimmt, bis er in das allgemeine Rechtsbewußtsein vorgeückt ist, denn er nötigt in der Regel zur "Korrektur bisher nahezu unangefochtener Rechtsgrundsätze."²⁷¹⁾

a) So erwies sich beispielsweise auf dem Gebiet der Raumplanung der nachträgliche Rechtsschutz gegenüber fehlerhaften Plänen vor allem deshalb als besonders schwierig, weil auf ihrer Grundlage regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen wurden. Sind aufgrund fehlerhafter Pläne erst einmal bauliche Anlagen errichtet worden, dann ist damit ein tatsächlicher Zustand

271) Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, S. 141;

erreicht, der sich später nicht mehr rückgängig machen läßt. Es liegt ja auch hier auf der Hand, daß eine kostspielige fertiggestellte bauliche Anlage in der Praxis auch dann nicht mehr beseitigt wird, wenn sich hinterher herausstellt, daß die zugrunde liegende Genehmigung rechtswidrig oder nichtig war. Die Tatsache, daß eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in der Regel nicht in Betracht kommt, lassen auch die Gerichte nicht unberücksichtigt.

Diese Situation können sich die Planungsbehörden dadurch zunutze machen, daß sie durch Schaffung von Fakten sich Schwierigkeiten aus dem Weg räumen und den Rechtsschutz des Betroffenen ungehindert überspielen. Als Folge der aktiven Gestaltungswirkung des Bebauungsplanes und der Unabwickelbarkeit vollendeter baulicher Tatsachen käme der Betroffene mit seinem Rechtsschutzbegehren zu spät.²⁷²⁾ Der in Art. 19 IV GG garantierte Rechtsschutz würde dem einzelnen auf diese Weise weitgehend entzogen. Dieser unbefriedigenden Rechtsschutzgewährung versucht man dadurch abzuhelpen, daß man eine vorbeugende Feststellungsklage²⁷³⁾ zuläßt, eine Vornahmeklage auf negative Bescheidung annimmt²⁷⁴⁾ oder generell die Zulässigkeit einer Vollzugsunterlassungsklage²⁷⁵⁾ bejaht. Ebenso wie im Zivilrecht eine bloße Rechtsgefährdung der gesetzlich vorausgesetzten Rechtsverletzung gleichgesetzt und somit auf das Erfordernis eines bereits erfolgten Ein-

272) Blümel, a.a.O., S. 146; Blümel, DÖV 1965, 301; Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 75; Obermayer, VVDStRL 18, 164; BGHZ 31, 377, 386;

273) OVG Hamburg DÖV 1956, 389; BVerwGE DÖV 1957, 426;

274) OVG Münster DÖV 1958, 383; Gelzer, NJW 1958, 325;

275) Brohm, a.a.O., S. 84;

griffs verzichtet wird²⁷⁶⁾, soll auch bei der öffentlich rechtlichen Vollzugsunterlassungsklage das Drohen einer erstmaligen Rechtsverletzung für die Klageerhebung ausreichen. Zumal sich eine solche ausdehnende Interpretation um vieles mehr bei Art. 19 IV GG rechtfertigt. Dieser bezweckt nämlich den Schutz der Rechte des einzelnen vor Verletzungen durch den übergeordneten Staat und dessen Behörden. In dem Über- und Unterordnungsverhältnis besteht erhöhte Gefahr, daß staatliche Machtbefugnisse dazu benutzt werden, durch schnelles Handeln vollendete Tatsachen zu schaffen. Dieser in der Eigenart der baurechtlichen Verhältnisse begründeten Gefahr für die Rechtsschutzverwirklichung des Bürgers kommt man durch die Anerkennung einer "baurechtlichen" Vollzugsunterlassungsklage zuvor. Damit läßt sich am ehesten den baurechtlichen Sonderverhältnissen gerecht werden, die durch die Schaffung vollendeter Tatsachen einen effektiven Rechtsschutz des Betroffenen in Frage stellen.

Demnach ist es nicht eine völlig neue Erscheinung, daß die baurechtliche Sondersituation zu rechtlichen Äußerungsformen nötigt, die sich nur schwer in die herkömmlichen Rechtsbegriffe und Institutionen einordnen lassen. So wie ihr unter dem Gesichtspunkt eines effektiven und rechtzeitigen Rechtsschutzes durch die Konstruktion einer öffentlich rechtlichen Vollzugsunterlassungsklage Rechnung getragen worden ist, ebenso muß die Erkenntnis der Ungleichbehandlung einzelner Bürger infolge der Existenz vollendeter baulicher Tatsachen dazu führen, daß überkommene Formen der Beurteilung angepaßt werden. Dabei muß der Anpassungsvorgang nicht den Kerngehalt der Einrichtung berühren.

276) RGZ 97,343; 101,340; 151,239;

Es genügt, wenn die Grenzen der rechtsstaatlichen Institution so lange verengt oder erweitert werden, daß einerseits die rechtsstaatliche Position des Bürgers gewährleistet ist, und andererseits der Rechtsstaat sich nicht selbst aufgibt. Ein in diese Richtung tendierendes Gleichgewicht könnte sich als optimale Verwirklichung des Rechtsstaates darstellen.

b) Es besteht im vorliegenden Fall auch kein ersichtlicher Grund, die erkannte Ungleichbehandlung aus rechtspolitischen Erwägungen heraus in Kauf zu nehmen. Grundsätzlich sind Situationen vorstellbar, in denen verfassungswidrige Zustände geduldet werden müssen, um nicht durch eine Änderung der rechtlichen Beurteilung oder durch eine nachträgliche Nichtigkeitsfeststellung chaotische Zustände herbeizuführen. So hat das Bundesverfassungsgericht²⁷⁷⁾ trotz erkannter Ungleichbehandlung der Beschwerdeführer in seiner Entscheidung das Umsatzsteuergesetz weder für nichtig erklärt noch eine Grundrechtsverletzung festgestellt. Bestimmend war hierfür der fiskalische Hintergrund der Entscheidung, da im Falle des Nichtigkeitsausspruches der Staatsbankrott verursacht worden wäre. Mit Rücksicht auf die wahrscheinlichen fiskalischen Folgen war es als der einzige Ausweg anzusehen, sich mit dem verfassungswidrigen Zustand abzufinden. Seiner Aufgabe als Hüter der Verfassung hat das BVerfG durch die Entscheidung sicher einen schlechten Dienst erwiesen²⁷⁸⁾, aus politischen Gründen war die Entscheidung zwingend.

277) BVerfG DÖV 1967,164;

278) Böckenförde, DÖV 1967,157;

Doch auch im Hinblick auf eine derartige "legalisierte Ungleichbehandlung" läßt sich der oben aufgedeckte baurechtliche Gleichheitsverstoß nicht rechtfertigen. Es sind keine Umstände tatsächlicher Art vorhanden, die die einer Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes durch eine auf die dargestellte Fallgestaltung zu beschränkende Zulassung der "Gleichheit im Unrecht" entgegenstehen würden. So verständlich die Duldung der Ungleichbehandlung durch das Umsatzsteuergesetz erscheint, im Falle des durch die baurechtliche Sondersituation verursachten Gleichheitsverstoßes kann eine Rechtfertigung über den Gedanken des "legalisierten Verfassungsverstoßes" nicht erfolgen.

Es geht ja auch nicht darum, etwa das sich auf dem Boden der grundgesetzlich garantierten Freiheitsrechte bewegende Baurecht des Bundes oder der Länder anzugreifen, vielmehr soll ein in Lehre und Rechtsprechung bislang unangefochten geltender Grundsatz im Hinblick auf die baurechtliche Sondersituation und ausschließlich für diese erweitert werden. Dabei ist eine gewisse Scheu, an einen der Grundpfeiler des Rechtsstaates zu tasten und eine, wenn auch nur begrenzte, Berufung auf Gleichheit im Unrecht zuzulassen, verständlich. Andererseits wird dem Rechtsstaat kein besserer Dienst erwiesen, wenn man mit geschlossenen Augen an der Situation vorübergeht, in der einzelne Bürger grundlegenden Verfassungsverstößen ausgesetzt sind. Die Möglichkeit einer vermittelnden Lösung bietet sich nicht an, da, worauf bereits oben hingewiesen wurde, die Anpassung auf der Ebene der Selbstbindungslehre zu erfolgen hat. Gleichheitsverstoß und Vertrauensmißbrauch gegenüber dem auf eine rechtswidrige begünstigende Verwaltungspraxis hin erstmalig abgewiesenen Bauwilligen können nur dadurch umgangen werden, daß in der baurechtlichen Sondersituation ein "Anspruch auf Gleich-

behandlung contra legem" anerkannt wird. Wer der baurechtlichen Sondersituation durch eine diesbezügliche Erweiterung des Art. 3 GG Rechnung trägt, begibt sich nicht auf das "Glatteis undogmatischer Billigkeits-erwägungen".²⁷⁹⁾ Er verhindert vielmehr, daß eine lediglich auf theoretischen Überlegungen beruhende Auffassung der Einzelfallgerechtigkeit im Wege steht, und ein Einbruch in Grundrechte des Staatsbürgers ignoriert wird.

c) Angesichts der dogmatischen Tragweite der Erweiterung des Gleichheitssatzes für die baurechtliche Sondersituation soll noch ein weiterer, allgemeiner Gesichtspunkt nicht übersehen werden, der ebenfalls für eine saubere und endgültige Lösung der Problematik im dargestellten Sinne spricht. Es kommt nämlich zu den Grundrechtsverletzungen hinzu, daß die Verwaltung in ihrer bisher geübten Praxis fehlerhaft gehandelt hat. Weil die fehlerhaft erteilten Vergünstigungen nicht mehr rücknehmbar sind, bleibt nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit die einzige und dementsprechend einschneidende Reaktion die Abweisung des auf die Übung Vertrauenden, der damit die ganze Strenge des Gesetzes zu spüren bekommt. Abgesehen von den durch eine solche Manipulierung verursachten Grundrechtsverstößen zeigt diese Haltung auch eine unausgereifte und unrealistische Einstellung der Verwaltung gegenüber ihren Fehlern. Entscheidend ist nicht, daß der Verwaltung ein Fehler oder eine ganze Reihe von Fehlern unterlaufen ist.

279) Weyreuther, DVBl 1964, 898, unter Bezugnahme auf Esser (im Zusammenhang mit der Lehre vom Fortfall der Geschäftsgrundlage), MDR 1958, 287;

Verwaltungsfehler werden immer unvermeidlich bleiben und lassen sich bei der Vielzahl von Vorschriften und der Verschiedenartigkeit der Sachlagen nie ganz ausschließen. Die Behörden stehen immer vor der Notwendigkeit, ein Fehlerrisiko zu übernehmen, das im System selbst angelegt ist und einen Schuldigen nicht braucht. Entscheidend ist vielmehr, daß in dem Maß, in dem die Verfeinerung und Differenzierung der Entscheidungen fortschreitet, auch eine adäquate und gerechte Einzelfallbehandlung gewährleistet bleiben soll. Dies ist nur dadurch zu erreichen, daß eine gewisse Fehlerquote als normal hingenommen wird und eine Form der Toleranz für verursachte Fehlleistungen²⁸⁰⁾ entwickelt wird. Es ist nämlich bei jeder Fehlleistung davon auszugehen, daß der Fehler die Situation ändert. Es werden neue Interessenlagen geschaffen, an die sich Kontinuitätserwartungen knüpfen, die wiederum weiteren Dispositionen zugrunde gelegt und in Pläne eingebaut werden. Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes würde einen Schaden verursachen, der in der Interessenabwägung des Gesetzgebers nicht vorgesehen und nicht berücksichtigt war. Dies gilt nicht nur für den unmittelbar durch einen Verwaltungsakt begünstigten Adressaten. Vorteilslagen werden auch gegenüber dem planenden und auf die Übung vertrauenden Dritten geschaffen. Auch ihm gegenüber hat der Fehler erwartungsbildende Kraft und verändert seine Situation. Die Rückführung des Fehlers erlebt er dementsprechend als Härte und empfindet sie als ein der Behörde gleichgültiges Spiel mit seinem Einzelschicksal.²⁸¹⁾

280) Becker-Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S.12;

281) Scholz, NJW 1954,168;

Um eine solche, über die unmittelbare Wirkung der fehlerhaften Entscheidung hinausreichende Folge zu vermeiden, muß die Verwaltung das Verhältnis zu ihren Fehlern dahingehend umgestalten, daß sie sie einerseits als unvermeidlich in Kauf nimmt, andererseits aber darum bemüht ist, mittelbare Folgeerscheinungen der aufgezeigten Art zu umgehen. Sie muß aus diesem Grunde Methoden der Fehlerbehandlung entwickeln, auch wenn sie von herkömmlichen Formen abweichen, um den von ihr gesetzten Fehlerquellen und den vom Bürger veranlaßten Zwischendispositionen Rechnung zu tragen. Zwangsläufig muß bei diesem Vorgang vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers abgewichen und auf eine strenge Durchführung des Rechts verzichtet werden. Ist der Verwaltung einmal ein Fehler unterlaufen, so ist in gewissem Umfang von der Verwaltung durch Anerkennung einer "Art zweiter Schicht von Normen zur Behandlung von Fehlern"²⁸²⁾ die Konsequenz zu ziehen. Dem Widerspruch, der durch die Unvermeidlichkeit von Fehlern in die Rechtsordnung hineingetragen wird, wurde durch diese Art der Toleranz abgeholfen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Anerkennung der Gleichheit im Unrecht in der baurechtlichen Sonder-situation auch ein wesentlicher Beitrag zur Begründung eines rationalen Verhältnisses der Verwaltung zu ihren Fehlern und damit ein Gebot der modernen Verwaltung.

²⁸²⁾ Becker-Luhmann, a.a.O., S.9;

2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nachdem das Bedürfnis für die Anerkennung der Gleichheit im Unrecht in der baurechtlichen Sondersituation nachgewiesen ist, bleibt die Frage zu beantworten, ob sich eine solche Interpretation des Gleichheitssatzes im Rahmen der Verfassung aufrechterhalten läßt. Auszugehen ist dabei von der Tatsache, daß die bisherige Handhabung des Art. 3 GG mit seiner Beschränkung auf Gleichheit im Unrecht in der bezeichneten baurechtlichen Fallgestaltung zu einem Gleichheitsverstoß gegenüber dem Bürger führt. Die Ungleichbehandlung liegt in der Aufrechterhaltung unrechtmäßiger Begünstigungen einzelner Bürger. Verursacht wird dieser Verstoß durch die Kollision des Grundsatzes "Keine Gleichheit im Unrecht" mit dem in Art. 3 GG beinhalteten Grundrecht des Bürgers auf Gleichbehandlung durch die Verwaltungsbehörden. Nach h.M.²⁸³⁾ hat der Einzelne ein subjektiv öffentliches Recht auf Achtung des Gleichheitssatzes dahingehend, daß der ihn treffende Akt der öffentlichen Gewalt in seinem Entstehungsprozeß die Anforderungen des Art. 3 I GG nicht völlig ignoriert. Das Recht aus dem Gleichheitssatz zielt darauf ab, daß ein belastender VA, der unter Außerachtlassung vergleichbarer Sachverhalte Unterschiedliches in einer Art. 3 ~~III~~^I GG verletzenden Weise verfügt, das Gleichheitsrecht des Einzelnen schon deshalb verletzt, weil die Verwaltung bereits das Gebot zur Vornahme des Vergleichs außeracht gelassen hat. Die in diesem Sinn anzustellende "Vergleichung" ist nicht nur ein Rechtsreflex, der dem Einzelnen als "Rechtswohltat" zugute

283) Ipsen, Gleichheit, S. 129; Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3 Anm. II 5; Bettermann, Der Staat, S. 80; Götz, DVBl 1968, 93;

kommen soll, sondern eine ihm in seinem Interesse gegenüber der öffentlichen Gewalt eingeräumte Rechtsmacht.²⁸⁴⁾ Wer durch Nichtachtung dieses Gebotes betroffen wird, ist in seinen grundrechtlich gewährleisteten, subjektiv öffentlichen Rechten verletzt und kann seine Rechtsschutzmöglichkeiten voll ausnutzen, ohne behaupten zu müssen, die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes stelle überdies eine solche anderer Grundrechte dar.

Dieser Verpflichtung zur Gleichbehandlung hat sich die Verwaltung, gestützt auf die h.M., bisher stets dadurch entzogen, daß sie sich darauf berufen hat, der Gleichheitssatz gäbe keine Pflicht und keine Befugnis zu einem contra-legendem Verhalten oder zur Fehlerwiederholung.²⁸⁵⁾ So könne im Fall einer Ermessensentscheidung, welche allein eine Selbstbindungswirkung nach sich ziehen könne, ermessensfehlerhaft erteilte Vergünstigungen nicht dazu führen, daß ein Dritter unter Berufung auf Art.3 GG ebenfalls einen Anspruch auf die rechtswidrige Vergünstigung habe. Ihm gegenüber könne sie ihr Ermessen nur fehlerfrei gebrauchen und die Vergünstigung verweigern. Einer Verwirklichung des in Art.3 GG enthaltenen Gleichbehandlungsgebotes stehe der Grundsatz "Keine Gleichheit im Unrecht" entgegen.

a) In dieser Konsequenz kommt der grundlegende Irrtum zum Ausdruck, die Gleichheit aller vor dem Gesetz nach Art.3 I GG und die entsprechende Bindung der staatlichen Gewalt gemäß Art.3 I GG seien insofern nur eine grundrechtliche Aussageform des im Rechts-

284) Leibholz, DVBl 1951, 194;

285) Weyreuther, DVBl 1964, 395;

staatsprinzip verankerten Vorrangs des Gesetzes. Daran ist richtig, daß Art. 3 I GG auch ein Grundrecht auf richtige Anwendung des Gesetzes enthält. Das Gleichheitsgrundrecht erschöpft sich aber darin nicht. Der eigentliche Inhalt ist das Recht auf gleiche Anwendung des Gesetzes.

Jede Gleichheitssatzaussage enthält denknottwendig einen Vergleich von Verschiedenheiten in Beziehung auf ein Drittes, d.h.: auf ein *tertium comparationis*. In ihr liegt stets eine Bewertung, die von vorhandenen Ungleichheiten ausgeht. Trotz dieser tatsächlich vorgegebenen Andersartigkeit und Verschiedenartigkeit ist es gerade das Postulat des Gleichheitssatzes, rechtlich eine gleiche Wertung vorzunehmen. Entsprechend dem Wortlauf des Art. 3 I GG soll diese Gleichbewertung ganz formal unter Heranziehung des Gesetzes als "*tertium comparationis*" erfolgen. Ohne Ansehen der Person soll danach das als bereits bestehend gedachte Recht angewendet werden. Insoweit enthält Art. 3 I GG einmal ein subjektiv-öffentliches Recht auf Rechtsanwendungsgleichheit, "da es sich hier nicht um einen erlaubenden, sondern ausschließlich machtsverleihenden Rechtssatz handelt, der sich in der Regelung der Beziehungen des Individuums zum Staate erschöpft."^{285a)}

Daneben bildet der Gleichheitssatz für den Einzelnen, an den die Norm sich wendet, die Grundlage für einen weiteren Anspruch: den Anspruch, daß die Norm so - und nicht anders - auf ihn zur Anwendung gelange. Derart verstanden, ist der Gleichheitssatz auch ein zweiseitig verpflichtendes und berechtigendes Gebot und Verbot, das über den gebotenen oder verbotenen Inhalt der Norm nichts besagt und für

285a) So Leibholz, Gleichheit, S.117; Dürig, Gleichheit, Sp. 985; Stier-Somlo, S.177; Ipsen, Gleichheit, S. 128; Götz, DVBl 68,93;

die Exekutive gleichsam eine Norm des Verwaltungsrechts bildet.^{285b)} Dieser Aspekt beleuchtet eine Komponente des Gleichheitssatzes, die sich als Verpflichtung der Exekutive zur Rechtsanwendungsgleichheit "im technischen Sinne" bzw. als Verpflichtung zur richtigen Rechtsanwendung darstellt.

Beide Rechtspositionen, Recht auf gleiche und Recht auf richtige Anwendung des Gesetzes, sind sich gegenseitig ergänzende und durchwirkende Elemente des Gleichheitssatzes. Trotz der engen Verbundenheit der zwei Grundrechte im Rahmen des Gleichheitssatzes, stehen sie sich nicht als gleichwertige Aussagen des Gleichheitsgedankens gegenüber. Vorrang genießt das Recht auf gleiche Rechtsanwendung, das sich gegenüber dem Recht auf richtige Rechtsanwendung als der eigentliche, in die Praxis umgesetzte Gleichheitsgedanke erweist. Das Recht auf richtige Gesetzesanwendung ist nur ein Ausfluß des Gleichheitsgedankens, eine notwendige Folge des Rechtes auf gleiche Rechtsanwendung. Dem ursprünglichen Wesenskern des Gleichheitsgedankens, der auf dem Vergleich einer notwendigen Vielfalt basiert, ist es nicht immanent.

Vielmehr folgt das Recht auf richtige Rechtsanwendung als technische Notwendigkeit aus der persönlichen Rechtsgleichheit.^{285c)} Der Gedanke der vergleichenden Rechtsanwendung bleibt dabei jedoch Grundlage und Ausgangspunkt für das durch ihn lediglich implizierte Recht auf richtige Rechtsanwendung. Würde man letzterem eine weiterreichende selbständige Bedeutung zumessen, so würde in diesem Sinne das Prinzip der gleichen Rechtsanwendung auf nichts anderes hinauslaufen als auf die verfassungsmäßige Garantie, daß die Rechtsanwendung in inhaltlicher Übereinstimmung mit den Gesetzen gehalten wird oder

285b) Ipsen, Gleichheit, S.143; Dürig, Gleichheit, Sp.985;

285c) Dürig, Gleichheit, Sp. 988;

kürzer auf die Gewährleistung der "Rechtsrichtigkeit" der Rechtsanwendung.

So soll aber doch gerade der auf Vergleich abzielende Art.3 I GG nicht verstanden werden.^{285d)} Vielmehr wird an die Fälle gedacht, in denen die Verwaltung bewußt von der Rechtsnorm abweicht, sie überhaupt nicht anwendet oder das zu ihrer Disposition stehende Ermessen mißbraucht. Hier wird der Einzelne aus Gründen, die in seiner Person liegen, schlechter oder jedenfalls anders behandelt als die restliche Mehrzahl der Betroffenen. Erst in zweiter Linie ist hier der Mangel der unrichtigen Rechtsanwendung von Belang. Aus der Sicht des in Art. 3 I GG verankerten Gleichheitssatzes bleibt vielmehr allein die Tatsache entscheidend, daß auf gleichgelagerte Tatbestände die gleiche Rechtsnorm nicht zur Anwendung gelangt und auf diese Weise dem Postulat der gleichen Rechtsanwendung nicht Genüge getan worden ist.^{285e)}

Es macht auch ein Blick auf die geschichtliche Seite erkenntlich, daß der Gleichheitssatz kraft seiner Intention primär auf gleiche und nicht richtige Rechtsanwendung angelegt ist. Nach Überwindung der anfänglich nur auf die Beseitigung allgemeiner ständischer Unterschiede gerichteten Funktion fand in der frühkonstitutionellen Epoche der Gleichheitssatz Eingang in der Bayerischen Verfassung vom 26. Mai 1888 im Sinne einer "Gleichheit vor dem Gesetz". In einer Präambel sichert die Verfassungsurkunde des Königsreichs Bayern dem Bürger "Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze" zu.^{285f)} Über den Gesetzgebungsvorgang hinaus sollte also auch bei der Anwendung jeder einzelnen Norm das Gebot der Gleich-

285d) Insbesondere Leibholz, Gleichheit, S.31;

285e) Leibholz, Gleichheit, S.31;

285f) Binding, Bayern, S.2 Sp.103;

behandlung berücksichtigt werden. Könnte man der Ansicht sein, daß gerade bei einem solchen, für die Zeit weitreichenden Verständnis des Gleichheitssatzes, das bereits zu klassenlosen und allgemeinen Gesetzeswerken führte, die Exekutive sich mit der richtigen Anwendung des gesetzten Rechtes begnügen durfte, so zeigt die in der Bayerischen Verfassung von 1818 erfolgte zusätzliche Betonung der "Gleichheit vor dem Gesetze" neben der Zusicherung "gleicher Gesetze", daß selbst in diesem Fall der für die frühe Verfassungsepoche extensiven Gleichheitsverwirklichung, bei der Anwendung der Einzelnorm auf das Gebot der Gleichbehandlung nicht verzichtet wurde. Über die Bindung der Legislative hinaus bestand auch für die Exekutive eine in der Präambel festgelegte Verpflichtung. Von richtiger Rechtsanwendung spricht das Verfassungswerk in diesem Zusammenhang nicht.

Hierin drückt sich ein Verständnis des Gleichheitssatzes aus, das selbst beim Vorliegen gleicher Gesetze das Gleichbehandlungsgebot nicht in richtiger Rechtsanwendung erschöpft sehen wollte. Bei der Verwirklichung jeder Norm im Einzelfall sollte nochmals die Gleichheit im Vordergrund stehen und nicht formalistischen Erwägungen einer richtigen Rechtsanwendung geopfert werden.

Bezogen sich die angestellten Erwägungen auf die Bayerische Verfassung des Jahres 1818, so konnte auch im übrigen deutschen Raum eine andere Interpretation des Gleichheitssatzes nicht vorgenommen werden. Dort ist der Gleichheitssatz von Beginn des 19. Jahrhunderts bis zur Weimarer Verfassung überwiegend in dem Sinne verstanden worden, daß diejenigen, die zur Anwendung des Gesetzes nach der Verfassung berufen waren, das Gesetz gleichmäßig zur Anwendung bringen sollten.^{285g)} Eine ausdrückliche Bindung

^{285g)} Leibholz, DVBl 51,193;

auch der Legislative an den Gleichheitssatz wurde nicht angenommen.

Bei dieser Interpretation mußte der Gleichheitssatz eine umso größere Bedeutung bei der Handhabung durch die Exekutive entfalten. Sie konnte im Gegensatz zur Bayerischen Verfassungslage nicht unbedingt davon ausgehen, daß sie unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zustande gekommene Gesetze auf den Bürger anwendet. Sollte unter diesen Umständen der Gleichheitssatz überhaupt verwirklicht werden, so mußte diese Aufgabe durch die Verwaltung wahrgenommen werden.

Im Zusammenhang mit dieser Verfassungsordnung erfolgte naturgemäß eine überwiegende Betonung des Vergleichs und damit des Grundrechtes auf gleiche Rechtsanwendung. Zwangsläufig verblaßte daneben das Recht auf richtige Rechtsanwendung, dessen Überbewertung zur völligen Ausschaltung des Gleichheitsgedankens geführt hätte.

So läßt sich während der Verfassungsperiode des gesamten 19. Jahrhunderts, die in ihren Grundlagen die Kraft einer Vorstufe und eines Fundamentes besitzt, eine einheitliche Beurteilungskonsequenz hinsichtlich des Gleichheitssatzes feststellen. Unabhängig von dem sich wandelnden politischen, sozialen und ökonomischen Gehalt des Gleichheitssatzes besteht Übereinstimmung hinsichtlich der Deutung des an die Verwaltung gerichteten Gebotes der "Gleichheit vor dem Gesetz": Emanation und Instrument des allgemeinen Gleichheitsgedankens ist und bleibt der sich im Recht auf gleiche Rechtsanwendung dokumentierende Vergleich. Das Recht auf richtige Rechtsanwendung bleibt äußerlicher Ausdruck dieses Gedankenkernes.

Gäbe Art. 3 GG nicht mehr her als eine Garantie der richtigen Anwendung des Gesetzes, so müßte er einmal seinem Wortlaut nach anders gefaßt sein, zum zweiten würde er neben dem Gesetzmäßigkeitsprinzip ein Schattendasein führen. Geht man bei der Prüfung des Erlasses einer begehrten Vergünstigung davon aus, daß Art. 3 I GG lediglich einen Anspruch auf Gleichheit vor dem Gesetz begründet, so kann die Verletzung des Gleichheitssatzes nur der mit Erfolg rügen, der nach der für ihn maßgeblichen Rechtslage einen Anspruch auf die von ihm begehrte Rechtslage hat. Gebietet diese Rechtslage die erstrebte Behandlung nicht, so ist der Gleichheitssatz auch dann nicht verletzt, wenn diese Behandlung entgegen der objektiven Rechtslage in anderen, sachverhältnistlich gleichgelagerten Fällen gewährt worden ist.

Das ist die Schlußfolgerung der "isolierten" Betrachtungsweise, die sich für eine objektiv rechtmäßige Gesetzesanwendung im Sinne eines fehlerfreien Ermessensgebrauchs entscheidet und Vergleichsfälle nicht berücksichtigt. Diese Lehre, die sich in dem Satz "keine Gleichheit im Unrecht" zusammenfassen läßt, duldet einen Vergleich mit der Gesetzesanwendung in anderen Fällen nicht, mit der Begründung, daß sie ohnehin nur rechtmäßig entscheiden und das Gesetz fehlerfrei anwenden könne.

Somit ist für diese Ansicht kennzeichnend, daß sie das Grundrecht auf gleiche Gesetzesanwendung zu einem Grundrecht auf richtige Gesetzesanwendung verkürzt.²⁸⁶⁾ Der Sinn der Gleichheitsrüge wird dadurch überhaupt in Frage gestellt. Will man das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit nicht völlig übergehen und ihm zu seiner vom Grundgesetz zugedachten Bedeutung verhelfen, so muß man den Grundsatz "Keine Gleichheit im Unrecht" hintanstellen, zumal gerade der Gedanken, der in erster Linie die herrschende Ansicht veranlaßte, sich der Verwirklichung des Grundrechts auf Gleichbehandlung zu widersetzen, in der baurechtlichen Sondersituation kein Argument gegen die Anerkennung der Gleichheit im Unrecht bildet.

b) Was nämlich generell gegen die Anerkennung einer Verpflichtung zur Gleichbehandlung durch gesetzwidriges Verwaltungshandeln spricht, ist der in Art. 20 III GG festgelegte Grundsatz der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung". Ausdrücklich enthält diese Verfassungsbestimmung die Garantie des Vorranges des Gesetzes, d.h. Verbot des Verstoßes gegen Gesetze oder Rechtssätze. Auf diesen Rahmen müssen sich alle hoheitlichen Handlungen der vollziehenden Gewalt zurückführen lassen. Bejaht man einen Anspruch des Bürgers auf "Gleichheit im Unrecht", so wäre das in Art. 20 III niedergelegte wesentliche Element des Rechtsstaates nicht mehr gesichert. Die Verwaltung wäre zur Fehlerwiederholung und damit zu gesetzwidrigem Verhalten verpflichtet. Mit zwingender Notwendigkeit würde die Anerkennung eines "Gleichheitsanspruches auf Fehler-

²⁸⁶⁾ GStz, DVBl 1968, 95;

Wiederholung" zur Befähigung einer schlechthin rechtsfreien Verwaltungsbetätigung führen. Das kann nicht der Sinn des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes sein, unter Umgehung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit die Verwaltung zu gesetzwidrigem Verhalten zu zwingen. Hiergegen sind die verfassungsrechtlichen Bedenken evident. "Es gibt eben - und das ist eine Binsenwahrheit - keine Gleichheit ohne Recht; wer das Gegenteil behauptet und Recht kraft Gleichheit zum Entstehen zu bringen hofft, der inauguriert nur eine apokryphe Rechtsetzung nach ungesicherten Maßstäben, die alle Kautelen und Zuständigkeiten der verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtssetzung paralysiert und nur davon abhängt, ob die einzelnen Verwaltungsbehörden durch rechtserzeugende Übung eine durch den Gleichheitssatz implizierte Bindung hervorbringen oder sich ihr durch striktes Unterlassen entziehen wollen."²⁸⁷⁾

Aus diesen und ähnlichen Erwägungen heraus wehrt die herrschende Meinung jede Einwirkung auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ab, einig in der Furcht vor einer möglichen ~~Versäuerung des Gesetzmäßigkeitsprinzips~~. Sieht man von teilweise noch im Rechtspositivismus verhafteten Anschauungen ab, die das Gesetz als das Absolute und Unumstößliche ansehen, dem als Sollensvorschrift dank seiner formalen Geltung mittels des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit zur vollen Wirkung verholfen werden soll, so sind die Bedenken vor einer rechtsfreien Verwaltungswillkür tatsächlich gerechtfertigt. Mag die Befürchtung auch

²⁸⁷⁾ Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 118;

Übertrieben klingen, so eröffnet eine Überbetonung der im Gleichheitssatz beinhalteten materiellen Gerechtigkeitsidee gegenüber dem Gesetzmäßigkeitsprinzip zumindest doch die Möglichkeit einer gesetzunabhängigen Verwaltung unter Hingebung des ausdrücklichen Verfassungsbefehls des Art. 20 III GG.

Erscheint demzufolge eine generelle Vorrangigkeit des Gleichbehandlungsgebotes vor der These: "Keine Gleichheit im Unrecht" verfassungsrechtlich nicht haltbar, so bleibt auch hier wieder von der allgemeinen Lage die baurechtliche Sondersituation zu differenzieren. Einer zulässigen Berufung auf die Gleichheit im Unrecht steht nämlich in der erörterten baurechtlichen Fallgestaltung das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 III GG nicht entgegen.

Verständlich wird diese Feststellung bei genauerer Betrachtung des Art. 20 III GG. Die vollziehende Gewalt ist an Gesetz und Recht gebunden, also auch an ungesetztes Recht, das durch die Verwendung des Doppelbegriffes ausdrücklich außer dem Gesetz als Mittel der Bindung der vollziehenden Gewalt aufgeführt ist. Die Diskussion, die dieses Begriffspaar hervorrief, kann nicht dadurch beseitigt werden, daß man die Funktion beider Begriffe rein formal auffaßt.²⁸⁸⁾ So will Schnorr dem "Recht" entweder nur eine subsidiäre Funktion als Gewohnheitsrecht oder Richterrecht oder nur eine kumulative Funktion als allgemeines Völkerrecht oder eine korrigierende Funktion als ideales Recht auf dem Boden der Radbruch-Formel²⁸⁹⁾ zuerkennen.

288) Schnorr, AöR 85,125; Forsthoff, DÖV 1959, 41;

289) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 353;

Ebensowenig wird der Erfassung dieses Begriffspaares eine rein metaphysische, auf naturrechtlichen Postulaten basierende Deutung gerecht, denn die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und die im Grundgesetz konsequent durchgeführte Aktualisierung der Grundrechte zeigt, daß der Verfassungsgeber metaphysische Wertungen oder Naturrecht nicht als beherrschendes Prinzip wollte. Eine Deutung ist daher "in der irdischen Positivität des GG selbst zu suchen."²⁹⁰⁾ Unter "Recht" i.S. des Begriffspaares von Art. 20 III GG ist vorwiegend der Grundrechtskatalog und weitere grundsätzliche, die Verfassung fundierende Wertentscheidungen zu verstehen.²⁹¹⁾ Für das Auffinden dieser höchsten Wertungen ist nicht nur der Wortlaut von Bedeutung, vielmehr sind auch die sich aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ergebenden höchsten Grundsätze mitentscheidend. Diese, auf der Ebene des Grundgesetzes basierende Deutung des Begriffes "Recht" schaltet im Falle eines Widerspruches der beiden Begriffe die Gefahr der Rechtsunsicherheit weitgehend aus. Bei einer solchen, auf metaphysische Wertungen verzichtenden Auslegung kann auch nicht "von einem Wechsel auf die Zukunft" gesprochen werden, "von dem niemand weiß, wer ihn präsentiert"²⁹²⁾, denn hiervon sind die Grundaussagen der Verfassung unabhängig. Zwar steht und fällt der Rechtsstaat mit der unbezweifelten Verbindlichkeit des positiven Rechts, doch darf nicht übersehen werden, daß auch positives Recht seine Grenzen an den Grundrechten und anderen "hintergründigen Konstitutionsprinzipien des Verfassungssinnes"²⁹³⁾

Verweise,

290) Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 20 3 e;

291) Scholler, DVB 1968, 410;

292) Forsthoff, DÖV 1959, 41;

293) Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 20 3 e;

findet. In diesem Sinne verstanden, erfüllt die Formel "Gesetz und Recht" auch die ihr zugedachte Schutzfunktion in den extremen Situationen, in denen die beiden grundsätzlich identischen Begriffe in Widerspruch stehen und das "Gesetz" keineswegs dem "Recht" entspricht.

Eine solche Ausnahmesituation liegt aber gerade in der dargestellten baurechtlichen Fallgestaltung vor. Im Interesse einer gesetzmäßigen Verwaltung, die in der These "Keine Gleichheit im Unrecht" zum Ausdruck gelangt, wird ein Gleichheitsverstoß und ein Vertrauensmißbrauch des abgewiesenen Bürgers in Kauf genommen. Sieht man diese Konsequenz als notwendiges Zugeständnis an das Postulat des Gesetzmäßigkeitsprinzips an, so zeigt dies mangelndes Verständnis des Art. 20 III GG. Denn gerade in dem baurechtlichen Fall entfaltet das Begriffspaar die ihm zugedachte Wirkung in Form des Vorrangs verfassungsrechtlicher Grundwerte, die den Vorrang des einfachen Gesetzes modifizieren. Es geht hierbei nicht etwa um "gute Gründe und Billigkeit"²⁹⁴⁾, sondern es geht um "Recht" und die durch das Recht begrenzte Gesetzesgeltung.

Dieser in den Hintergrund gedrängten, aber verfassungskonformen Interpretation des Art. 20 III GG entspricht auch die Entwicklung des Gesetzmäßigkeitsprinzips. Die Veränderungen der wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen in der Gegenwart haben auch einen Wandel bis in die Grundlagen des Rechtsstaates mit sich gebracht. Das Vordringen des sozialen Gedankens, die Tendenz zur "sachgerechten Lösung und zur Egalisierung" haben den positivistischen Nimbus

294) Weyreuther, DVBl 1964, 898;

des unumstößlichen Gesetzes zu Fall gebracht.²⁹⁵⁾ Damit aber wird von dieser Seite her der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gewandelt. Im Hinblick auf eine Verfassung mit Rangerhöhung über das Gesetz, die eine Grundentscheidung des Grundgesetzes darstellt, bleibt es unverständlich, "die Grenzen der Gesetzesbindung der Verwaltung lediglich mit dem Vorhandensein des Gesetzes, d.h. mit seinem Inhalt und seiner Geltung zu ziehen".²⁹⁶⁾ Ebensowenig scheint die Folgerung haltbar, daß die Verwaltung niemals zur Gleichbehandlung im Widerspruch zu einem geltenden Gesetz verpflichtet oder befugt sein kann. Gerade aus dem in Art. 20 III GG festgelegten Gesetzmäßigkeitsprinzip, das regelmäßig als Hinderungsgrund für die volle Durchführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angeführt wird, ergibt sich die Möglichkeit für die Verwaltung, entgegen gesetzlichen Regelungen zu entscheiden, wenn dies durch die Verfassung gefordert wird.

c) Dieses Erfordernis wird in der baurechtlichen Situation aktuell. Gesetzmäßigkeitsprinzip, verstanden i.S. einer bloßen Legalität, und der Gedanke des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung stehen in der Ebene der Bindung der vollziehenden Gewalt miteinander in Konkurrenz. Die Frage der Geltung ist ein Problem der Überordnung²⁹⁷⁾, wobei hier die Entscheidung zugunsten des "Rechts" im Gegensatz zum "Gesetz" lauten muß. Denn das Grundrecht auf Gleichheit ist

295) Schaumann, JZ 1966, 721; Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S. 258;

296) Weyreuther, DVBl 1964, 898;

297) Becker-Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 33, 42;

nicht nur ein demokratisches Recht des Bürgers im Staate, sondern darüber hinaus ein Menschenrecht vorstaatlichen Charakters.²⁹⁸⁾ Nicht enttäushtes Vertrauen seiner Bürger ist nicht nur ein Gebot des die Individualbelange achtenden Staates, es ist die eigentliche Substanz des Rechtsstaates.²⁹⁹⁾ Hinter diesen tragenden Elementen des materiellen Rechtsstaates hat die Gesetzmäßigkeit als nur formales Prinzip der Rechtsanwendung zurückzutreten.

Dem nachgewiesenen Bedürfnis nach Anerkennung der Gleichheit im Unrecht in der baurechtlichen Situation stellen sich somit auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Unter dem Begriff der Selbstbefreiung zum "zulässigen Handeln contra legem"³⁰⁰⁾ läßt sich diese Erscheinung erfassen. Dabei handelt es sich nicht um eine sog. echte Selbstbefreiung³⁰¹⁾, bei der die Verwaltung allein wegen der Faktizität ihres Handelns, das gleichsam "opere operato ins Normative contra legem" umgeschlagen ist, zu Entscheidungen berechtigt sein soll, die sie an sich nicht treffen darf. Es liegt vielmehr eine sog. unechte Selbstbefreiung³⁰²⁾ vor, bei der kraft eines höheren Verfassungsbefehls die Behörden zu einem contra-legalem Verhalten berechtigt sind. Es findet keine Selbstbefreiung vom Gesetz schlechthin statt, sondern vom Rechtssatz niederen Ranges zugunsten des Vorranges eines höherstufigen Rechtssatzes. Zutreffend

298) Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 15 I 1;

299) Lerche, DÖV 1961, 491;

300) Weyreuther, DVBl 1964, 895;

301) Scholler, DVBl 1968, 413;

302) Scholler, a.a.O., S. 414;

ist die Formulierung von der Rückkehr vom "Gesetz-vor-Recht-Denken" zum "Recht-vor-Gesetz-Denken".³⁰³⁾

Art. 20 III GG beinhaltet mehr als eine formale Rangfolge zwischen den Rechtsquellen, da die wesentlichen Verfassungsprinzipien, insbesondere die Grundrechte eine Mehrwertigkeit nicht nur im Sinne der Allgemeingültigkeit, sondern auch der Höherwertigkeit haben. So mag die Erteilung der Baugenehmigung an einen sich an einer rechtswidrigen Verwaltungsübung orientierenden Bauwilligen zwar entgegen dem geltenden Gesetz erfolgen, wenn man auf das einfache Gesetz abstellt. Sie ist aber nicht rechtskonträr, da das einfache Gesetz der Ausfüllung durch die höherstufigen Werte der Verfassung bedarf. Demnach setzt sich in der dargestellten baurechtlichen Sondersituation das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit gegen den auf einem formal verstandenen Gesetzmäßigkeitsprinzip beruhenden Grundsatz "Keine Gleichheit im Unrecht" durch und gelangt kraft höheren Verfassungsbefehls zur Anwendung.

3) Eine über die dargestellten baurechtlichen Verhältnisse hinausreichende Bedeutung kommt dieser Erkenntnis nicht zu. Es kann vor allem der Meinung nicht beigetreten werden, die allein aus dem Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit ein Recht des Bürgers ableitet, sich generell auf die Gleichheit im Unrecht berufen zu können.³⁰⁴⁾ Ohne sich überhaupt mit der Verpflichtung der Verwaltungsbehörden durch

303) Jahreiss, Verhandlungen des 37. Dtsch. Juristentages, S. 44; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 22;

304) Götz, DVBl 1968, 93;

Art. 20 III GG auseinanderzusetzen, wird aus allgemeinen Billigkeitserwägungen heraus die Berufung auf die Gleichheit im Unrecht zugelassen. Als einzige Abwendung des in der Verletzung des Gleichheitssatzes liegenden Konfliktes wird die Anpassung der rechtlichen Behandlung des an die Behörde erstmalig Herantretenden an die rechtswidrige Regelpraxis gesehen, weil eine Zurückführung der rechtswidrigen Praxis auf das Gesetz nicht erreichbar sei. Dies ist insofern richtig, als verwaltungsprozessuale Schwierigkeiten bestehen würden, klageweise in die Drittbeziehungen einzudringen (§ 42 II VerwGO). Übersehen wurde dabei jedoch, daß ohne Klageerhebung von Amts wegen die Verwaltungsbehörden auch ihre begünstigenden aber rechtswidrigen Maßnahmen unter den Rücknahmevoraussetzungen rückgängig machen können.³⁰⁵⁾ Der VA erlangt gegenüber der Behörde im allgemeinen keine Bindungswirkung in dem Sinne, daß sie etwa wie ein Gericht an ihn gebunden ist. Eine solche Bindung kann sich nur etwa im Rahmen der Rücknahmezulässigkeit ergeben. Das bedeutet, daß eine Abwendung des Konflikts nicht allein über die Anpassung an die rechtswidrige Praxis erfolgen kann, sondern daß sich ein unproblematischerer Ausweg über die Zurückführung der rechtswidrigen Praxis an das Gesetz anbietet.

Doch abgesehen von diesem Mangel an Notwendigkeit für die Anerkennung der Gleichheit im Unrecht auf den anderen Verwaltungsrechtsgebieten wäre sie dort auch verfassungsrechtlich nicht zu vertreten. Diese Rechts-

305) Redeker-Oertzen, VwGO, § 42 Anm.61;

gebiete sind hinsichtlich der anfallenden Problematik mit der baurechtlichen Sondersituation nicht vergleichbar. Sie sind insofern ein aliud. Den Regelfall bildet nämlich der Abbau der gewährten Vergünstigungen, so daß ein Gleichheitsverstoß als Folge der Aufrechterhaltung rechtswidriger Begünstigungen regelmäßig nicht in Betracht kommt. Insoweit liegt eine Verletzung des Grundrechts auf Gleichbehandlung gar nicht vor. Ebensowenig kann sich der Antragsteller auf eine erhöhte Schutzbedürftigkeit seines Vertrauens berufen. Dies sind vielmehr Erscheinungen, die sich auf die baurechtliche Sondersituation beschränken. Demzufolge stehen dem in Art. 20 III GG niedergelegten Gesetzmäßigkeitsprinzip auch keine höherwertigen Verfassungsprinzipien gegenüber, deren Wahrung eine Beseitigung des Grundsatzes: "Keine Gleichheit im Unrecht" rechtfertigen würde. Da somit weder Bedürfnis noch verfassungsrechtliche Grundlage für eine generelle Anerkennung der "Gleichheit im Unrecht" im Verwaltungsrecht bestehen, bleibt dieser Vorrang des Individualinteresses vor dem Interesse des Staates an der Einhaltung seiner Gesetze auf die baurechtliche Sondersituation zu beschränken.

4) Ergebnis:

Die vorstehenden Erörterungen haben ergeben, daß man mit den von Lehre und Rechtsprechung zur Eigenbindung der Verwaltung entwickelten Grundsätzen auch in der baurechtlichen Sondersituation zu brauchbaren Ergebnissen gelangen kann. Nicht anwendbar ist zwar der neben der Selbstbindung subsidiäre Vertrauensschutzgedanke, hingegen bewältigt das Institut der Selbstbindung auch die baurechtliche Sonderproblematik.

Allerdings ist hierfür erforderlich, daß sich die Selbstbindungs konstruktion in ihrer herkömmlichen Form wandelt und den baurechtlichen Sonderverhältnissen angepaßt wird. Erste Stufe des Vollzugs dieses Wandels ist die Erkenntnis des in Art. 3 GG verankerten Grundrechts auf Gleichbehandlung, das durch die Aufrechterhaltung rechtswidriger Begünstigungen verletzt wird. Diese Grundrechtsverletzung zusammen mit einem empfindlichen Bruch des Vertrauens bedingen eine Überhöhung des in Art. 20 III GG mitenthaltenen formalen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit durch grundlegende rechtsstaatliche Elemente. Als "übergeordnetes Recht" befreien sie die Verwaltung von der Bindung an das entgegenstehende Gesetz und bewirken eine unechte Selbstbefreiung kraft höheren Verfassungsbefehls. Die Folgeerscheinung äußert sich in der Zulässigkeit der Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" und damit in einer Ausdehnung der herkömmlichen Selbstbindungs konstruktion. Eine Erweiterung dieser Erkenntnis über die baurechtliche Sondersituation hinaus rechtfertigt sich nicht, da diesbezüglich "Gesetz" und "Recht" identisch sind und die Voraussetzungen einer Selbstbefreiung contra legem nicht vorliegen.

II. Folgen des Anpassungsprozesses

Für den betroffenen Bürger bedeutet die Anpassung der Selbstbindung an die baurechtliche Sondersituation die Achtung seines Grundrechtes auf Gleichbehandlung und Schutz des der Verwaltung entgegengebrachten Vertrauens.

1) Seine bisherige Lage, die durch einen Einbruch in seine verfassungsrechtlich gesicherte Position gekennzeichnet ist, und der er ohne realisierbare Rechtsschutzmöglichkeit ausgeliefert war, wird durch eine Regelung verbessert, die sich Gerechtigkeit im Einzelfall zum Ziel setzt. Die Verwaltung gewinnt durch die notwendige Konsequenz aus der Lage des Bürgers eine neue Form der Fehlerbehandlung und damit ein rationelleres Verhältnis zu ihren Fehlern. Zudem erweist sie dem Rechtsstaat einen Dienst, indem sie in ihm nicht nur ein "System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit"³⁰⁶⁾ sieht und damit ein richtiges Verständnis des Grundgesetzes beweist.

2) Es scheint somit, wie wenn die aufgezeichnete Problematik der baurechtlichen Sondersituation durch ein in Richtung auf die Anerkennung der "Gleichheit im Unrecht" weiterentwickeltes Institut der Selbstbindung bewältigt werden würde. Es ist jedoch hierbei zu beachten, daß bereits bei der Ausgangsüberlegung darauf hingewiesen wurde, falls sich eine Lösung über die Lehre von der Selbstbindung überhaupt anbieten sollte, diese auf die Fälle der Ermessensentscheidungen beschränkt sei. Weil die Verwaltung im Ermessensbereich mehrere Wertungen ihrer Entscheidung zugrunde legen kann und dabei gleichermaßen im Rahmen der Rechtsordnung bleibt, ist nur hier die Möglichkeit einer Selbstbindung gegeben. Demnach würde der Lösungsvorschlag einer erweiterten Selbstbindung nur dann zu einem befriedigenden Ergebnis führen, wenn die Einzelentscheidungen der bisherigen, rechtswidrigen

306) Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S.61;

Verwaltungsübung im Ermessen der Genehmigungsbehörde standen. Andernfalls wäre eine Selbstbindung nicht denkbar. Das sind aber, abgesehen von den landesrechtlichen Ermessensvorschriften nur die unmittelbaren Entscheidungen nach § 31 BBauG und solche, bei denen die Prüfung nach § 31 BBauG vorgenommen wird. Alle anderen baurechtlichen Genehmigungen, die den Großteil der beantragten Verfügungen ausmachen, würden somit nicht von dem dargestellten Lösungsvorschlag erfaßt. Diese Fälle blieben nach wie vor unbewältigt, und die Lehre von der Selbstbindung fände trotz der Zulassung der "Gleichheit im Unrecht" ihre Grenzen an der baurechtlichen Sondersituation, weil sie einfach in der Mehrzahl der Fälle nicht anwendbar wäre.

Diese Überlegung läßt außer acht, daß sich mit der Anerkennung der "Gleichheit im Unrecht" in der baurechtlichen Sondersituation in diesem Bereich auch automatisch ein weiteres herkömmliches Wesensmerkmal der Selbstbindungskonstruktion ändert. Mit der Überordnung des Grundrechtes auf Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes über den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit fällt nämlich der Grund weg, der bislang ursächlich dafür war, daß die Anwendbarkeit der Selbstbindung auf den Ermessensbereich beschränkt worden ist. Aus dem Grundsatz "Keine Gleichheit im Unrecht", der jegliche Gleichbehandlung contra legem unzulässig macht, wurde folgerichtig die beschränkte Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes auf den Bereich der freien Verwaltung geschlossen, die anders als die gebundene Verwaltung im Rahmen der Gesetze eine von mehreren zulässigen und sachgemäßen Entscheidungen treffen kann. Wollte man den Gleichheitssatz auch bei gebundener Verwaltung anwenden, würde die Möglichkeit eröffnet, die Behörde

zur Wiederholung rechtswidrigen Verhaltens zu verpflichten, was mit der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG unvereinbar wäre.³⁰⁷⁾

Gleichzeitig mit der Überordnung tragender rechtsstaatlicher Prinzipien über den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und der Zulassung der Gleichheitsrüge im Unrecht entfällt diese Unvereinbarkeit der Verpflichtung der Verwaltung zur Wiederholung rechtswidrigen Verhaltens mit der Bindung aus Art. 20 III GG. Es steht nichts mehr entgegen, die Gleichheitsrüge im Rahmen der Selbstbindungslehre bei gebundenen Entscheidungen zuzulassen. Das bedeutet für unsere baurechtliche Sondersituation, daß sich nach Zulassung der "Gleichheit im Unrecht" eine zufriedenstellende Lösung über die Lehre von der Selbstbindung nicht nur im Ermessensbereich, sondern auch bei Rechtsentscheidungen abzeichnet. Hat demnach die Baubehörde regelmäßig rechtswidrige Entscheidungen getroffen, die außerhalb ihres Ermessens lagen, so hat sie, wenn die Maßnahmen faktisch nicht mehr abwickelbar sind und ein Dritter auf die rechtswidrige Praxis vertraut hat, auch diesem Dritten die Genehmigung zu erteilen. Es ist dabei bedeutungslos, daß sich die Behörde dadurch in Widerspruch zu einer geltenden baurechtlichen Vorschrift setzt. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip wird dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Individualinteressen nachgeordnet und steht einer anderen als der gesetzlich vorgeschriebenen Entscheidung nicht entgegen.

Hierin liegt eine wesentliche Folge der Anerkennung der "Gleichheit im Unrecht". Der bislang nur im

³⁰⁷⁾ Stellvertretend: Sarnighausen, MDR 1969, 1; Weyreuther, DVBl 1964, 895; Kalkbrenner, BayVB1 1970, 81;

Ermessensbereich anwendbare Gleichheitssatz findet über diese Erweiterung auch Zugang zu den gebundenen Entscheidungen. Es entfällt mit der Zulassung der "Gleichheit im Unrecht" der Grund, der einer Ausdehnung der Selbstbindungslehre auf Rechtsentscheidungen entgegen gestanden hat: Das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 III GG tritt zurück und das Ende der Verwaltungsbefugnisse wird nicht allein vom Gesetz, sondern von vorrangigen Verfassungswerten bestimmt.

Grundsätzlich muß natürlich bei einer Ausdehnung der Selbstbindungskonstruktion auf gebundene Entscheidungen eine Verletzung des Art. 3 GG überhaupt in Betracht kommen. Das ist nicht der Fall bei einer "bloß" falschen Rechtsanwendung, die faktisch ebenfalls zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führt, aber nicht wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz anfechtbar ist. Während die Behörde im Rahmen der Ermessensausübung zur Berücksichtigung des Gleichheitssatzes verpflichtet ist und Vergleichbares gleich entscheiden muß, hat sie bei der reinen Rechtsanwendung ihre Entscheidung nur am Gesetz auszurichten. Wendet sie das Gesetz als Folge unrichtiger Subsumtion unrichtig an, so liegt darin noch keine Verletzung des Gleichheitssatzes.³⁰⁸⁾ Somit kommt eine Anwendung der Selbstbindungslehre bei Rechtsentscheidungen nur in Betracht, wenn das Gesetz bewußt falsch angewendet worden ist und die Verwaltung in Einzelfällen die gesetzlich vorgeschriebene Rechtsfolge außer acht gelassen und an deren Stelle ihr eigenes, willkürliches Differenzierungsschema gesetzt hat.³⁰⁹⁾ Nur wenn gleiche Sachverhalte bewußt unterschiedlich bewertet und behandelt werden, erscheint eine Mißachtung der

308) Wallerath, Selbstbindung, S. 88;

309) Dürig, Gleichheit, Sp. 983 ff., 988;

Gleichheit vor dem Gesetz möglich.

Ausgenommen diese Fälle der falschen Rechtsanwendung, die dem Anwendungsbereich des Art. 3 GG nicht unterliegen, kann zusammenfassend festgestellt werden, daß der Lösungsvorschlag, der die Selbstbindungskonstruktion auf eine zulässige Gleichheitsrüge im Unrecht ausdehnt, der dargestellten baurechtlichen Situation in ihrer Gesamtheit gerecht wird. Sowohl im Ermessensbereich als auch bei Rechtsentscheidungen führt er zu einem dem Geist der Verfassung entsprechenden Ergebnis, das einem rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechenden Mißstand im Auftreten der Verwaltung gegenüber dem Bürger ein Ende setzt. Die allgemein verwaltungsrechtlichen Prinzipien zur Eigenbindung der Verwaltung werden dadurch um ein Element bereichert, das ihre in der baurechtlichen Sondersituation vorhandenen Grenzen beseitigt und sie auch auf diesem Bereich zu einem brauchbaren Rechtsinstitut werden läßt.

3) Trotz dieses befriedigenden Ergebnisses, das über die Anerkennung der Gleichheit im Unrecht erzielt wird, darf man sich nicht darüber hinwegtäuschen lassen, daß eine, wenn auch nur beschränkte Befreiung der Verwaltung von der Bindung an das Gesetz ein bezüglich der Grundidee des Rechtsstaates nicht zu unterschätzender Vorgang ist. Mag die "gesetzwidrige" Verwaltungsentscheidung im Einzelfall auch als unechte Selbstbefreiung aus verfassungsrechtlichen Erwägungen gedeckt und der Verstoß gegen formelles Recht insoweit gerechtfertigt sein, so liegt doch in dieser "Nötigung" der Verwaltung, rechtswidrige Entscheidungen auch in Zukunft fortzusetzen, eine erhebliche Gefahr: Die Gefahr, aus vorläufig falscher Rechts-

anwendung über den Gleichheitssatz und den Vertrauensschutz eine endgültig falsche Rechtsanwendung zu machen, ein Ergebnis, das tatsächlich mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht mehr vereinbar und daher abzulehnen wäre. Auf diese Weise würde der Wunsch, dem rechtsstaatlichen Prinzip zur umfassenden Verwirklichung zu verhelfen, in das Gegenteil umschlagen, und dem Rechtsstaat würde ein schlechter Dienst erwiesen. Um dem Auftreten einer solchen unerwünschten Nebenerscheinung vorzubeugen und eine möglicherweise endgültig falsche Rechtsanwendung auszuschließen, müssen vor der Zulassung der Gleichheit im Unrecht in der dargestellten baurechtlichen Situation zwei Merkmale sichergestellt sein: Zum einen muß neben dem Verstoß gegen das Grundrecht auf Gleichbehandlung durch die Aufrechterhaltung rechtswidriger Vergünstigungen der Nachweis einer tatsächlich schutzwürdigen Vertrauenslage erbracht werden, um effektiv die Voraussetzungen für eine Selbstbefreiung der Verwaltung kraft höheren Verfassungsbefehls zu schaffen, zum anderen muß die zulässige Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" derart eingeengt werden, daß die Gefahr einer andauernd falschen Rechtsanwendung weitgehend gebannt wird.

a) Was den Nachweis einer tatsächlich schutzwürdigen Vertrauenslage betrifft, so kann primär auf die Ausführungen verwiesen werden, nach denen das Vorliegen einer Vertrauenslage in der Person des erstmalig an die Behörde herantretenden Abgewiesenen überhaupt möglich erscheint. Hinsichtlich der übrigen Vertrauensschutzvoraussetzungen kann auf die allgemeinen Erfordernisse, wie sie etwa bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte gegeben sind, zurückgegriffen

werden. Neben die von der Behörde geschaffene Vertrauenslage muß das Vertrauen des Bürgers in dieses behördliche Verhalten getreten sein. Das Vertrauen muß sich in besonderen Dispositionen niedergeschlagen haben. Besonderes gilt hier hinsichtlich der zu treffenden Dispositionen.

aa) Während ein Vertrauensschutz vor Ergreifung konkreter Dispositionen dann vertretbar erscheint, wenn die Vertrauenslage aus Maßnahmen besteht, die die Behörde in Einklang mit dem geltenden Recht getroffen hat³¹⁰⁾, ist in der angesprochenen baurechtlichen Fallgestaltung ein Vertrauensschutz nur nach der Ergreifung bestimmter Dispositionen denkbar. Die Vertrauenslage wird nämlich von Maßnahmen gebildet, die die Behörde im Widerspruch zum geltenden Recht getroffen hat. In einem solchen Fall ist ein Vertrauensschutz vor Ergreifung konkreter Dispositionen abzulehnen. Das öffentliche Interesse an einer gesetzmäßigen Verwaltung muß es hier der Behörde gestatten, den Vertrauensschutz des Bürgers nachzuordnen, zumindest solange der Betroffene nicht zu Verfügungen veranlaßt worden ist.

bb) Im Rahmen des zu fordernden Vertrauenstatbestandes spielt ein weiterer Gesichtspunkt eine Rolle, der eigentlich als Merkmal der Selbstbindungslehre anzusehen ist. Die Regelpraxis der Verwaltung, auf die Bezug genommen wird, darf nicht nur von einem oder mehreren Einzelfällen gebildet werden. Will man von einer erhöhten Schutzwürdigkeit des Betroffenen ausgehen, so darf man sich nicht mit einzelnen Berufungsfällen begnügen, sondern muß eine stetige Regelpraxis

310) Mainka, Selbstbindung, S. 35;

voraussetzen. Mag das Erfordernis der stetigen Regelpraxis im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Gleichbehandlung und der Selbstbindungslehre angezweifelt werden³¹¹⁾, im Zusammenhang mit der hier erforderlichen Vertrauenslage kann nicht darauf verzichtet werden. Zumal es im Falle des auf den Erlaß einer Verwaltungsmaßnahme gerichteten Vertrauensschutzes, wenn die Behörde dem vertrauenden Bürger gegenüber nicht tätig geworden ist, nicht angeht, daraus eine vertrauensschutzwürdige Position abzuleiten, daß die Behörde in einem oder in mehreren Einzelfällen eine gewisse Haltung eingenommen hat. Ist der Betroffene zur Verwaltung noch nicht in eine nähere Beziehung getreten und abgesehen von seinem Antrag auf Genehmigungserteilung nicht über das allgemeine Verhältnis des Bürgers zur Verwaltung hinausgetreten, so muß die Behörde, um auch ihm gegenüber einen Vertrauensstatbestand zu begründen, schon eine konstante Verwaltungsübung entwickelt haben. Der Vertrauensschutzgedanke kann in einer solchen Konstellation, in der der Bürger eine Abweichung vom Gesetz unter Berufung auf gleichgelagerte, ebenfalls rechtswidrig entschiedene Fälle nur dann das Begehren des Bürgers stützen, wenn der Einzelfall an die Regelpraxis angepaßt werden soll. Nicht nur, daß Einzelfälle keinen Vertrauenstatbestand hinsichtlich einer begünstigenden Verfügung schaffen, es kann auch nicht Sinn des Vertrauensschutzes sein, an einen bislang rechtswidrigen Einzelfall andere Fälle anzupassen und somit die Rechtswidrigkeit zur Regel zu machen. Rechtswidrigkeit kann nur über die Regel in den Einzelfall hineingetragen werden, nicht umgekehrt.

311) Bettermann, Der Staat, S. 83; Mertens, Selbstbindung, S. 26; Wallerath, Selbstbindung, S. 18;

Das bedeutet, daß eine vertrauensschutzwürdige Position im Hinblick auf Erlaß einer rechtswidrigen Maßnahme nur dann vorliegen kann, wenn der Erlaß der rechtswidrigen Maßnahme die Regel war.

Folgt man dieser Überlegung, so wird über Erwägungen, die auf dem Vertrauensschutzgedanken basieren, mittelbar Einfluß auf die Lehre von der Selbstbindung genommen. Man mag für das Eingreifen der Selbstbindung den Einzelbezugsfall als ausreichend ansehen, in der baurechtlichen Sondersituation, der durch Anerkennung der Gleichheit im Unrecht Rechnung getragen ist, müssen für das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes die Bezugsfälle die Regelpraxis sein. Das Vorliegen einer schutzwürdigen Vertrauensposition bedingt daher zwangsläufig für die Selbstbindung der Baubehörden im Unrecht die Notwendigkeit einer Vielzahl von Bezugsfällen. Ein höherer Verfassungsbefehl in Richtung auf Ausdehnung der Selbstbindung auf die Gleichheit im Unrecht ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine stetige Praxis einen Vertrauenstatbestand begründet und damit zugleich für die Selbstbindung im Unrecht eine ganze Reihe von vergleichbaren Fällen vorliegt.

Diese zwingende Auswirkung des mit dem Erfordernis einer Regelpraxis ausgestalteten Vertrauensschutzes auf die Selbstbindung ergibt sich jedoch auch unabhängig von der hier angesprochenen Sach- und Rechtslage. Scheint es auf Anhieb auch überzeugend, daß mit der Gleichbehandlungspflicht gleicher Sachverhalte die Behörde bereits mit ihrer ersten Entscheidung, also schon nach einem Einzelfall, gebunden ist³¹²⁾, so erfordert dennoch unmittelbar das Wesen der Selbstbindung eine

312) Bettermann, a.a.O., S. 83;

über den Einzelfall hinausgehende Bezugspraxis. Zwar kann nicht von vorneherein eine längere Verwaltungsübung als einzig denkbare Grundlage für die Möglichkeit einer Selbstbindung unterstellt werden. So kann insbesondere dann bereits ein Einzelfall von Bedeutung sein, wenn es sich um ein eng umgrenztes Gebiet handelt, auf dem sich eine zahlenmäßige bedeutsame Praxis kaum entwickeln kann³¹³⁾ und die Außerachtlassung eines vergleichbaren Einzelfalles bereits als gleichheitswidrig empfunden wird. Diese Fälle bleiben die Ausnahme. Grundsätzlich ist es nicht möglich, aus einem einzigen Vergleichsfall die Betonung oder Unterbetonung von Gleichheitspunkten festzustellen, die das Schema, nach dem die Behörde ihr Verhalten ausrichtet, erkennen lassen. Erst die Entscheidung mehrerer Fälle wird die Bewertungsgesichtspunkte der Behörde erkennen lassen und die Feststellung des Betroffenen rechtfertigen, erhebliche vergleichbare Merkmale seien gleichheitswidrig bewertet worden. Unter diesem Aspekt wird die längere Verwaltungsübung für den Regelfall der Selbstbindung begriffsnotwendig und regelmäßige Voraussetzung für eine Selbstbindung infolge des Gleichheitssatzes.

Angesichts dieser Natur der Selbstbindung ergibt sich also auf jeden Fall das Erfordernis des Vorliegens einer steten Verwaltungsübung. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kommt diesem Erfordernis keine selbständige Bedeutung für die Selbstbindungskonstruktion zu; es bekräftigt nur seine Notwendigkeit im Zusammenhang mit der Selbstbindung und schließt eventuelle Zweifel an seiner Erforderlichkeit aus.

313) Wallerath, Selbstbindung, S. 18;

Achtet man im Einzelfall vor der Zulassung einer Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" streng auf das Vorliegen dieser einzelnen Vertrauensschutzvoraussetzungen in der Person des Betroffenen, unter Berücksichtigung der angeführten Differenzierungen hinsichtlich der zutreffenden Dispositionen und der Dauer der Verwaltungsübung, so wird der Bereich, auf dem eine endgültig falsche Rechtsanwendung überhaupt möglich erscheint, von vorneherein eingeengt. Zudem handelt es sich dann um die Fälle, in denen neben die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes ein Verstoß gegen den Vertrauensschutzgrundsatz tritt, und eine Selbstbefreiung kraft höheren Verfassungsbefehls eindeutig gerechtfertigt ist. Von einer sog. "Mitleidsrechtsprechung"³¹⁴⁾, die allein auf den "armen Bürger" schaut und unter Vernachlässigung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit die Individualinteressen überbetont, kann dann nicht mehr die Rede sein. Vielmehr wird der neben der Rechtssicherheitsfunktion unteilbar im Gesetzmäßigkeitsprinzip verankerten Unrechtsabwehrfunktion Rechnung getragen.

b) Über die Prüfung dieser subjektiven Elemente hinaus besteht vor der Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung auf "Gleichheit im Unrecht" im Einzelfall auch die Möglichkeit, sachbezogene Entscheidungsmomente heranzuziehen, um die Gefahr der endgültig falschen Rechtsanwendung zu vermindern.

aa) Erwähnt seien hier insbesondere die Fälle, in denen aufgrund besonderer Umstände die fraglichen Sachverhalte bereits abgeschlossen sind und der

314) Becker-Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 42;

abgewiesene Antragsteller ohnehin das letzte Glied in einer Kette von rechtswidrigen Entscheidungen bildet, wobei nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Betroffene tatsächlich der abschließend zu entscheidende Fall einer regelmäßigen Verwaltungsübung ist. Möglicherweise besteht noch eine Reihe von Antragstellern, die aber in ihrer Gesamtheit den Abschluß des zur Entscheidung anstehenden Sachkomplexes bilden. Entscheidend ist, daß die für eine Ausdehnung der Gleichheit auf das Unrecht in Betracht kommenden Fälle, möge es sich um einen Einzelfall oder um mehrere Antragsteller handeln, einen überschaubaren Kreis darstellen, der insgesamt eine bisherige Verwaltungspraxis rein tatsächlich zum Abschluß bringt.³¹⁵⁾

Kann sich der im Unrecht bewegende Sachverhalt nicht erneuern, so bestehen unter dem Gesichtspunkt der endgültig falschen Rechtsanwendung auch keine Bedenken gegen eine oder mehrere Genehmigungen, die gegen formelles Gesetz verstoßen.

bb) Ähnliches gilt, wenn die Verwaltung durch die bisherige rechtswidrige Genehmigungspraxis auf das Schutzgut der Regelung bereits so stark eingewirkt hat, daß eine völlige Auflösung als wahrscheinlich anzusehen ist. Zeichnet sich eine derartige Tendenz ab, daß die bisherige Praxis zusammen mit anderen Faktoren Rechtsrealien schafft, z.B. Umwandlung eines Außenbereichs in einem bebauten Ortsteil³¹⁶⁾, die eine Umkehrung von Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit mit sich bringen, so wäre eine Genehmigungsversagung

315) So etwa: BVerwGE 5,1,9;

316) Scholler, DVBl 1968,414;

mit der Begründung, momentan werde noch gegen formelles Recht verstoßen, ungerechtfertigt. Eine permanente rechtswidrige Praxis ist auch hier nicht zu befürchten, da der Übergang zur Rechtmäßigkeit bevorsteht. Ist dieses Zwischenstadium bereits überschritten und die bislang rechtswidrige Entscheidung bereits rechtmäßig, so liegt der Fall wiederum anders, da ein Verstoß gegen formelles Gesetz nicht mehr vorliegt.

cc) Ebenfalls unbedenklich im Hinblick auf eine etwaige zukünftige gesetzwidrige Praxis erscheint die Anpassung an die rechtswidrige Übung, wenn es sich, wie meistens bei den baurechtlichen Genehmigungsakten, um die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe handelt. Hängt etwa die Genehmigungserteilung von der Anwendung des Begriffes "öffentliche Belange" ab, so ist dieser Begriff durchaus als vollständiger Rechtsbegriff zu verstehen. Doch ungeachtet der Befugnis des Gerichts, in vollem Umfang über den Begriff zu entscheiden, kann im Einzelfall von der Verwaltungsbehörde die Anwendung dieses Begriffs unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände erfolgen. Hierunter fallen auch grundlegende verfassungsrechtliche Gebote, deren Verwirklichung bei jeder Einzelentscheidung gewährleistet sein muß. Ein solches Gebot liegt in der Natur des Rechtsstaates insbesondere auch hinsichtlich der Gefahr einer endgültig falschen Rechtsanwendung. Droht diese Gefahr als Folge der Ausdehnung der Gleichheit auf das Unrecht bei Entscheidungen, die auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe basieren, so besteht für die Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, im Rahmen der Auslegung dieser Begriffe das verfassungsrechtliche Gebot durch-

zusetzen und die gegen formelles Gesetz verstoßende Praxis abzubiegen.

Implizite enthält diese Handhabung der unbestimmten Rechtsbegriffe eine Gleichsetzung des sog. Beurteilungs-, mit dem sog. Ermessensspielraum. Während nach allgemeiner Meinung bisher die Entscheidung im Rahmen eines Beurteilungsspielraumes in erster Linie von einer nicht nachvollziehbaren, subjektiven Wertung geprägt war,^{316a)} werden über die hinsichtlich der Gefahr einer fort-dauernd falschen Rechtsanwendung angestellten Erwägungen erstmals auch überprüfbare, objektive Gesichtspunkte mit einbezogen, die bisher allenfalls im weiter gespannten Rahmen einer behördlichen Ermessensentscheidung berücksichtigt werden konnten.^{316b)} Damit entfällt der eigentliche Differenzierungsgrund, der bisher einer Gleichbehandlung von Beurteilungs- und Ermessensspielraum entgegengestanden ist. Auch im Rahmen einer - auf einer Vielzahl von "nichtmittelbaren Imponderabilien"^{316c)} basierenden - Entscheidung bleibt Raum für die Berücksichtigung nachvollziehbarer, objektiver Entscheidungsmerkmale.

Diese, die Position der beiden Rechtsräume annähernde Betrachtungsweise entspricht den tatsächlichen Gegebenheiten. Abgesehen von der Tatsache, daß sich das Problem des Beurteilungsspielraumes in zunehmendem Maße als prozeßrechtliche Frage darstellt^{316d)}, da die volle

316a) Jesch, AöR 82, 163 ff.; Herzog, JA 1969, ÖR S.163 ff., 167; Bachof, JZ 62, 704; Czermak, JuS 68, 399 ff.; Kellner, DöV 69, 309 ff.; BVerwGE 8, 272 ff.; 275; 12, 359 ff., 363; 19, 128; 29, 279;

316b) So Bachof, JZ 62, 704; Czermak, JuS 68, 399 ff., 400; Redeker-v.Oertzen, § 114 Anm.8;

316c) Jesch, AöR 82, 231;

316d) Herzog, JA 1969, ÖR S.168; Jesch, AöR, S.231;

Überprüfbarkeit der Entscheidung auf eine Beweislastfrage hinausläuft^{316e)}, und somit die Konstruktion des Beurteilungsspielraumes genau genommen überflüssig erscheint, erfolgt auch aus der Sicht der Praxis bislang keine echte Unterscheidung. Letztlich wurde zur Überprüfung der Grenzen des Beurteilungsspielraumes § 114 VWGO analog herangezogen, nur an die Stelle des Begriffes "Ermessen" wurde der Begriff "Beurteilungsspielraum" gesetzt.^{316f)} So weisen beide Spielräume vom Rechtsschutz her gesehen nur geringe Unterschiede auf, da die gerichtliche Prüfung beim Beurteilungsspielraum nahezu dieselben Grenzen hat wie bei Ermessensentscheidungen.^{316g)} Auch der Akt der vollziehenden Behörde als solcher zeigt keinen greifbaren Unterschied. In allen diesen Fällen wird von der Behörde "erkannt" und aufgrund eines gefaßten Willensentschlusses "gehandelt", so daß eine Verschiebung der Rechtsauslegungs- und -anwendungsproblematik von der Rechtsfolge- auf die Tatbestandsseite der Norm der einzig erkennbare Unterschied zwischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum bleibt.

dd) Beschränkt sich die angesprochene Möglichkeit auch auf die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so zeichnet sich dennoch darin eine generelle Handhabe

316e) Czermak, JuS 68, 404;

316f) Herzog, JA 1969, ÖR S.168;

316g) Redeker-v.Oertzen, § 114 Anm. 8;

der Baubehörde ab, welche für alle die Fälle von Einzelentscheidungen, deren Sach- oder Rechtslage nicht von vorherein die Gefahr einer endgültig falschen Rechtsanwendung bannt, der Verwaltung den Weg eröffnet, diese Gefahr auszuschließen. Angesprochen ist die Befugnis der Behörde, ihre bisherige Praxis zu ändern und durch eine neue zu ersetzen. Auf die Zulässigkeit einer solchen Praxisänderung wurde bereits oben hingewiesen. Da die Gewährung eines eigenen Entscheidungsspielraums durch den Gleichheitssatz nicht beseitigt, sondern nur sinnvoll begrenzt werden soll, muß ein Abweichen von der bisherigen Praxis für die Verwaltung grundsätzlich möglich sein. Entscheidend ist dabei nur, daß sich die Verwaltung "grundsatzgemäß" verhält³¹⁷⁾, d.h. ihr Handeln an den sich selbst gesetzten Maßstäben ausrichtet, ohne daß es ihr verwehrt ist, sich neue Grundsätze zu bilden und damit ihren bisherigen Standpunkt grundsätzlich zu ändern.³¹⁸⁾ Zu beanstanden wäre nur ein Abweichen von der bisherigen Praxis im Einzelfall. Das bedeutet für die Baugenehmigungsbehörde, die aufgrund der besonderen Umstände des Falles die Gleichheitsrüge im Unrecht zugelassen und eine rechtswidrige Übung beibehalten hat, daß sie in dem Augenblick, in dem sie die Gefahr endgültig falscher Rechtsanwendung vor sich sieht, gleichsam als "Notbremse" zur Änderung der rechtswidrigen

317) Jellinek, Gesetz, S. 324; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 92;

318) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 118; Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3 Anm. C 3; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 92, 238; ähnlich: BVerfGE 4, 1 ff.;

Praxis greifen darf. Droht eine uferlose Ausweitung unüberschaubarer Fallkomplexe im Unrecht, die von der Behörde nicht mehr kontrolliert werden kann, dann ist die Konsequenz mittels Rückführung der Praxis auf die Rechtmäßigkeit zu ziehen. Die unbestreitbare Rechtfertigung dieser Praxisänderung liegt in dem Schutze des Rechtsstaates vor einer Kette unrechtmäßiger Entscheidungen, deren Kontrolle nicht mehr der Exekutive unterliegt. Im Rahmen der Praxisänderung auftauchende, den Bürger betreffende Härten können dadurch abgefangen oder zumindest gemildert werden, daß die Änderung nicht abrupt und unvorhergesehen vorgenommen wird. Zu erwägen wäre etwa ein stufenweises oder zeitlich gestaffeltes Einwirken auf die noch zur Entscheidung ausstehenden Anträge. Hiergegen bestehen keine Bedenken, solange sich die Behörde von sachlichen Erwägungen leiten läßt und die Absicht hat, die Änderung konsequent durchzuführen.³¹⁹⁾

Auch wenn es im deutschen Recht keine generell anwendbaren und verbindlichen Grundsätze zur Behandlung derartiger Übergangssituationen gibt, so dürften im Einzelfall der Praxisänderung unüberbrückbare Schwierigkeiten nicht auftauchen. So könnte im hier angesprochenen Fall des Übergangs von einer rechtswidrigen in eine rechtmäßige Verwaltungsübung an eine behutsame Korrektur analog der vom Bundesverfassungsgericht^{319a)} entwickelten Grundsätze zur unechten Rückwirkung^{319b)} gedacht werden. Entsprechend dem Ausmaß des objektiven Vertrauensstatbestandes und der Intensität des von den Betroffenen aufgebrachten Vertrauens könnten Grenzen abgesteckt werden, denen gemäß eine unterschiedliche Behandlung der noch zur Entscheidung anstehenden Fälle vor-

319) Wallerath, Selbstbindung, S.75;

319a) BVerfGE 13,272 unter Hinweis auf: 8,304; 11,72 f. 7,94; ebenso 18,349; hierzu Überblick in Leibholz-Rinck, Art.20 D.

319b) Zur Begriffsbestimmung: BVerfGE 11,145 f.; 14,104, 297; 15,324 f.;

genommen werden könnte. Dadurch würde entsprechend der Interessenlage bei belastenden, rückwirkenden Gesetzen die Verschlechterung der Rechtsposition einzelner Bürger unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unbedenklich. Konnte etwa ein Teil der noch nicht verbeschiedenen Antragsteller "bei verständiger Vorausschau im privaten und beruflichen Bereich mit einer ihn betreffenden Praxisänderung nicht rechnen und mußte er eine solche bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen"^{319c)}, so wäre ihm gegenüber eine unerwartete Änderung der Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit nicht vertretbar. Stützt sich eine in persönlicher oder zeitlicher Hinsicht in derartigen "Etappen" vorgenommene Korrektur auf die angeführten Differenzierungsmerkmale, so kann die Gruppe der abgewiesenen Antragsteller auch mit einer Berufung auf die Verletzung des Gleichheitssatzes nicht durchdringen. Art.3 GG steht nämlich einem sachlich gestaffelten Vorgehen gegen einen bestimmten Personenkreis nicht entgegen.^{319d)} Die Differenzierung beruht nicht auf Willkür, sondern auf der verschiedenartigen Ausgestaltung der Vertrauensposition. Der Behörde ist es hingegen nicht gestattet, bei gleichen wesentlichen Voraussetzungen der einzelnen Antragsteller zunächst mit ihrer rechtswidrigen Praxis fortzufahren und eine Korrektur ihrer Übung in den gleichliegenden anderen Fällen vorzunehmen. Ansonsten würde die Befugnis zur grundsätzlichen Praxisänderung als Freiheit zur Willkür mißverstanden.

319c) So BVerfGE 8,304 unter Hinweis auf: 1,280; 2,264 ff.; 3,150;

319d) BVerwGE 2,188; 5,353; Mertens, Selbstbindung, S.85; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 30 II b 3;

Die Gesichtspunkte zur Ausgestaltung einer Übergangspraxis können jedoch nur Anhaltspunkte bieten. Wie die Verwaltung in der Praxis zu einem rechtsstaatlich haltbaren Ergebnis gelangt, welcher Mittel sie sich zur Abstufung bedient und nach welchen Merkmalen sie ihre Differenzierung vornimmt, kann nur der sachbezogenen Einzelfalllösung vorbehalten bleiben. Entscheidend ist, daß jedem einzelnen Bauwerber gegenüber trotz der anstehenden Interessenkollision das Grundrecht auf gleiche Rechtsanwendung gewährleistet wird. Die Sicherung dieser verfassungsrechtlichen Position kann mittels abstrahierter, generalisierender Übergangsregelungen nur angedeutet werden, im Kern bleibt sie eine Frage der konkreten, fallgebundenen Tatbestandswürdigung.

4) Ergebnis:

Mit der Möglichkeit der Praxisänderung wird der Baubehörde somit ein Instrument gegeben, welches ihr erlaubt, in den Fällen, die nicht schon kraft ihrer eigenen Natur die permanente Gesetzeswidrigkeit ausschließen, dieser Gefahr durch Eingriff in die bisherige Verwaltungsübung Einhalt zu gebieten. Eine echte Gefahr oder ein unabwendbarer Angriff auf den Kern des Rechtsstaates ist demnach in der auf die baurechtliche Sondersituation beschränkten Zulassung

der "Gleichheit im Unrecht" nicht zu sehen. Vielmehr ist der in diese Richtung erweiterte Gleichheitssatz gegenwärtig das einzige Mittel, um dem Bürger in der dargestellten baurechtlichen Sondersituation eine gewisse Freiheit zu sichern und das "ohnehin fast ausweglose Ausgeliefertsein des Individuums an den allmächtigen Staat"³²⁰⁾ zu mildern. Entscheidend ist daher die Erkenntnis, daß der Vollzug von Gesetzen mehr denn je Konkretisierung der Verfassung ist³²¹⁾, die sich heute in viel höherem Maße als früher in der täglichen Praxis der Verwaltungsbehörde aktualisiert, und der Satz Otto Meyers von der Beständigkeit des Verwaltungsrechts und der Unbeständigkeit des Verfassungsrechts³²²⁾ scheint erschüttert. Grund hierfür ist nicht nur die Absage des Grundgesetzes an leerlaufende Verfassungsmonologe und nicht praktizierte Programmsätze, sondern auch die gewandelte Stellung des Bürgers in einem veränderten Staatsbild.³²³⁾

320) Bachof, Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, S. 291;

321) Reuß, DÖV 1959, 321; Werner, DVBl 1959, 527;

322) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Vorwort zur 3. Auflage;

323) Lerche, Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 65;

III. Zusammenfassung

Die Chance des Lösungsvorschlages für die baurechtliche Sondersituation liegt darin, daß er über das nachgewiesene Bedürfnis und die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hinaus auch praktikabel erscheint. Er ist als kleiner Schritt zur Vervollkommnung der Eigenbindung der Verwaltung in Bausachen zu werten und ist nicht mehr als die innere Konsequenz der bisher schon angewandten Prinzipien der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes. Eingefügt in das Gesamtsystem des bisherigen Rechts bedeutet er einen Fortschritt in der Gerechtigkeit ohne Gefährdung dessen, was als vernünftig und gerecht schon bewährt ist und Bewahrung verdient.

Damit kann der Versuch einer Konkretisierung der Bindung der Verwaltungsbehörden an ihre eigenen Akte im Baurecht zusammenfassend mit den folgenden Präzisierungen abgeschlossen werden:

- 1) Der Bindung der Verwaltung an eigene Akte liegen auch im Baurecht die allgemein verwaltungsrechtlichen Gedanken der Selbstbindung und des Vertrauensschutzes zugrunde, die heute allgemein aus der unmittelbaren Geltung des Art. 3 GG und dem Grundsatz von Treu und Glauben für den Bereich der Exekutive abgeleitet werden.
- 2) Die Untersuchung der beiden Rechtsinstitute auf ihre Brauchbarkeit im Baurecht hin läßt eine zufriedenstellende Bewältigung der baurechtlichen Anforderungen erkennen. Der baurechtliche "Normal-

fall" hält sich insoweit im Rahmen der allgemeinen Erfordernisse, denen die Selbstbindungslehre und der Vertrauensschutzgedanke unter Ausgleich der widerstreitenden Interessen genügen.

- 3) Die Grenzen der beiden Grundsätze liegen in der baurechtlichen Sondersituation. Die Schaffung unabwickelbarer vollendeter Tatsachen durch die baulichen Anlagen führt im Falle der rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungspraxis zu einem Gleichheitsverstoß und Vertrauensbruch gegenüber dem infolge Praxisänderung abgewiesenen Bürger. Der subsidiäre Vertrauensschutzgedanke und die auf "Gleichheit im Unrecht" beschränkte Selbstbindungslehre schaffen keine Abhilfe.
- 4) Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer gesicherten verfassungsrechtlichen Position des Bürgers muß eine Anpassung der Eigenbindungselemente an die baurechtliche Sondersituation erfolgen. Denkbar ist nur die Ausdehnung der Selbstbindungslehre auf eine zulässige Gleichheitsrüge im Unrecht. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Schrittes liegt in der Selbstbefreiung der Verwaltung zum zulässigen Handeln contra legem kraft höheren Verfassungsbefehls begründet.
- 5) Folge der Zulassung einer Berufung auf die "Gleichheit im Unrecht" innerhalb der baurechtlichen Sondersituation ist die Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Position des betroffenen Bürgers und gleichzeitig eine sich über das gesamte Baurecht erstreckende Verwirklichung der im Eigenbindungsgedanken enthaltenen Ziele. Die Gefahr einer von der Exekutive nicht mehr kontrollierbaren, falschen Rechtsanwendung wird durch die Möglichkeit der Verwaltung gebannt, diesen Umstand im konkreten Gefährdungsfall im Rahmen ihrer Entscheidung mitzubearbeiten.

Lebenslauf

Ich, Kurt Winfried Roeckl, wurde am 26. Januar 1943 als Sohn des Stabsarztes Dr.med. Kurt Winfried Roeckl, gefallen am 18. Oktober 1942 in Tuapse/Kaukasus, und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Brockmann, in München geboren. Vom Jahre 1949 bis 1953 besuchte ich in München die Volksschule an der Wittelsbacherstraße. Im Jahre 1953 wechselte ich auf das Neue Realgymnasium in München über, wo ich 1963 die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1963 begann ich an der Münchener Ludwig-Maximilians-Universität das Studium der Rechte, das ich mit der ersten juristischen Staatsprüfung im Frühjahr 1968 abschloß. Seit 1. Oktober 1968 befinde ich mich als Rechtsreferendar in der Ausbildung des Freistaates Bayern.

